

# Seminario internacional de insolvencia, insolvencia transfronteriza y contratación pública

*Insolvency, cross-border insolvency and  
procurement international seminar*

 **CÁMARA**  
DE COMERCIO DE BOGOTÁ  
Por nuestra sociedad

  
**Uniempresarial**  
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA EMPRESARIAL  
DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ



346.078

C17c

naal de insolvencia, insolvencia transfrontera y contrataci3n p3blica







Seminario internacional  
de insolvencia, insolvencia  
transfronteriza y  
contratación pública

27 al 29 de marzo de 2006  
Bogotá, D.C.

Seminario internacional de insolvencia,  
insolvencia transfronteriza y contratación pública

© Derechos de autor  
Cámara de Comercio de Bogotá  
Marzo de 2006

ISBN: 958-688-142-3

Producción editorial  
Cámara de Comercio de Bogotá  
Avenida Eldorado 68D-35. Apartado aéreo 29824  
Tels.: 3830300 - 5941000  
Bogotá, D. C., Colombia

La información de este documento está protegida por la Ley 23 de 1982 de la República de Colombia y está sujeta a modificaciones sin preaviso alguno. Podrán reproducirse extractos y citas sin autorización previa, indicando la fuente. Su reproducción extensa por cualquier medio masivo presente o futuro, en traducciones o transcripciones, podrá hacerse previa autorización de la Cámara de Comercio de Bogotá. La Cámara de Comercio de Bogotá no asume responsabilidad alguna por los criterios u opiniones expresados por el autor.



# Contenido

	Pág.
Presentación .....	7
Uncitral Model Law On Cross-border Insolvency..... <i>Jenny Clift</i>	9
Reforma al régimen concursal colombiano .....	23
<i>Rodolfo Daníes Lacouture</i>	
Practical Issues Under Chapter 11 Cases Concerning Foreign Debtors .....	37
<i>Ronald E. Barad</i>	
New Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code— Ancillary and Other-Cross Border Cases .....	51
<i>Ronald E. Barad</i>	
Uncitral legislative guide on insolvency law .....	61
<i>Jenny Clift</i>	
Iniciativas internacionales sobre insolvencia .....	89
<i>Adolfo Rouillon</i>	
Corporate Groups & Insolvency .....	101
<i>Neil Cooper</i>	
El rol del sistema financiero en los procesos de insolvencia .....	107
<i>Luis Humberto Ustáriz González</i>	
Instalación de la jornada del seminario internacional de CNUDMI sobre insolvencia, insolvencia transfronteriza y contratación pública.....	119
<i>Ximena Peñafort Garcés</i>	

La Ley Modelo de Uncitral sobre contratación pública de  
bienes, obras y servicios frente a la Ley 80 de 1993 ..... 127  
Gonzalo Suárez Beltrán

Reforms to the UNCITRAL Model Procurement Law on  
Procurement of Goods, Construction and Services ..... 157  
Caroline Nicholas

80025 75540





# PRESENTACIÓN

## MEMORIAS DEL PRIMER SEMINARIO INTERNACIONAL DE INSOLVENCIA, INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

I. **Insolvencia:** De especial importancia para nuestro país son los temas que rodean la insolvencia y la reestructuración de empresas. Ello es así porque la existencia de comerciantes o empresarios en crisis implica en cierta medida una fisura en la economía y en el bienestar general. El legislador colombiano se ha esforzado en introducir reformas a las leyes que regulan la quiebra del comerciante, procurando mantener una normatividad vigente y moderna en este aspecto.

Para tal efecto, se ha presentado al Congreso de la República un Proyecto de Ley que establece un régimen de insolvencia unificado, aplicable a las personas naturales, las personas jurídicas y las sucursales de sociedades extranjeras, que busca sustituir, tanto al sistema temporal de la Ley 550 de 1999, como al concordato y la liquidación obligatoria regulados en la Ley 222 de 1995.

Este Proyecto de Ley constituye una nueva propuesta que busca cubrir las expectativas de acreedores, deudores, jueces y en general, de la comunidad económica empresarial, y garantizar un proceso seguro, ágil y efectivo, pero manteniendo lo positivo de los anteriores regímenes y corrigiendo las fallas que tuvieron los mismos.

Por su parte, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se ha ocupado por más de 40 años de modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. En desarrollo de esta función, en 1997 este órgano expidió la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, la cual tiene por objeto ayudar a los Estados a dotarse de un régimen de insolvencia moderno, armonizado y equitativo que permita resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza cuando el deudor tiene bienes en más de un Estado o cuando algunos de los acreedores del deudor no son del Estado en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia. Régimen este que ha sido incorporado en el Proyecto de Ley colombiano.



Así las cosas, para el legislador, los entes de control, el sector empresarial y la comunidad en general resultan invaluable las enseñanzas y experiencias que los ilustres expertos nacionales e internacionales aportarán con sus ponencias en este seminario, con el objeto de madurar los conceptos, presentar las tendencias modernas en estos temas y buscar una legislación acorde a los parámetros internacionales en la materia, aplicados a la realidad colombiana.

**II. Contratación Pública:** De otra parte, así como todos los importantes trabajos de la CNUDMI para la creación de derecho uniforme, la Ley Modelo sobre contratación de bienes, obras y servicios, representa más que nunca un importante insumo para el proceso de modernización y reforma a los marcos regulatorio e institucional de la contratación pública colombiana.

En tal sentido, esta Ley Modelo propende por un procedimiento contractual más eficiente y transparente, fomenta la participación de proveedores de mercados internacionales, promueve la competencia, asegura un trato igualitario y equitativo para los participantes en procesos de contratación, promueve la rectitud, la equidad y la confianza de los ciudadanos, flexibiliza los procedimientos para dar cabida al uso de tecnologías de la información y comunicación, todas ellas, características propias de sistemas de contratación pública modernos y acordes con un sistema económico globalizado y de regulación armonizada.

La iniciativa de reforma a la Ley 80 de 1993 que actualmente cursa en el Congreso de la República y las recientes modificaciones al marco institucional de la contratación pública colombiana marcan la pauta para que oportunamente se adopten en Colombia varias de las buenas prácticas que en materia de contratación con dineros públicos consagra esta Ley Modelo.

Esta publicación de la Cámara de Comercio de Bogotá contiene las ponencias presentadas en el Primer Seminario Internacional de Insolvencia, Insolvencia Transfronteriza y Contratación Pública, por los más renombrados expertos en éstas materias en el ámbito internacional y nacional, y constituye una valiosa herramienta de consulta en la medida que presenta una visión comparada de las diferentes tendencias en el mundo y que son recogidas por los Proyectos de Ley que cursan en el Congreso de República.



# Uncitral Model Law On Cross-border Insolvency

---

Jenny Clift

---

Senior Legal Officer and Head, Technical Assistance and  
Coordination United Nations Office of Legal Affairs.

## I. BACKGROUND

The increasing incidence of cross-border insolvency cases since the early 1990s reflects the global expansion of trade and investment, an expansion that has not been accompanied by the development of legal regimes that are equipped to address cases of a cross-border nature. The lack of such regimes frequently results in inadequate and uncoordinated approaches that not only hamper the rescue of financially troubled businesses and the fair and efficient administration of cross-border insolvencies, but also impede the protection and maximization of the value of the assets of the insolvent debtor and may be unpredictable in their application.

At a Congress convened on the occasion of UNCITRAL's twenty-fifth anniversary in 1992, discussion focused on the growing significance of cross-border insolvency issues and the inadequacies of both domestic and international legal regimes for addressing those issues in a coordinated and predictable manner. In 1993, UNCITRAL received a proposal to undertake work on cross-border insolvency and a series of studies and consultations were conducted by UNCITRAL and INSOL International, from which a consensus emerged that work should focus on a limited number of issues, including:

- (1) Granting access to local courts to representatives of foreign insolvency proceedings and creditors;
- (2) According recognition to certain orders issued by foreign courts; and
- (3) Cooperation among the courts of the States where the debtor's assets are located.



An intergovernmental Working Group negotiated the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency between 1995 and 1997. The Working Group consisted of the thirty-six States members of the Commission, together with interested non-Member States, with a number of international organizations, both intergovernmental and nongovernmental, also participating, such as the European Insolvency Practitioners Association (EIPA), Hague Conference on Private International Law, Instituto Iberoamericano de Derecho Internacional Económico, International Association of Insolvency Practitioners (INSOL), International Bar Association (IBA), and the International Chamber of Commerce. The Model Law was adopted by consensus on May 30, 1997 following two weeks of final negotiations during the annual session of UNCITRAL in Vienna.

## II. THE UNCITRAL MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY

### A. Purpose

The Model Law provides a unilateral legislative framework for cross-border insolvency, organized around the three elements identified above (access, recognition and coordination) and an additional element of assistance, which allows insolvency representatives, judges and courts to take the steps necessary to facilitate the efficient, expeditious and coordinated conduct of cross-border insolvency cases. As a model law, it is recommended to States for incorporation into their national law. Although providing a degree of flexibility that allows States to modify or omit provisions, a satisfactory degree of harmonization and certainty can only be achieved if States make few changes when enacting the model law into their domestic legal systems.

The Resolution of the General Assembly recommending adoption of the Model Law to States provides a compelling statement of the need for the Model Law, its timeliness and its fundamental purpose.<sup>1</sup>

- 
1. General Assembly resolution 52/158 of 15 December 1997.

**Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law.**

The General Assembly,

Recalling its resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966, by which it created the United Nations Commission on International Trade Law with a mandate to further the progressive harmonization and unification of the law of international trade and in



## B. Main features of the Model Law

### 1. Scope of application

The Model Law extends to any foreign proceeding "relating to insolvency" where the purpose of the proceeding is the reorganization or liquidation of the debtor if the

---

that respect to bear in mind the interests of all peoples, in particular those of developing countries, in the extensive development of international trade,

Noting that increased cross-border trade and investment leads to greater incidence of cases where enterprises and individuals have assets in more than one State,

Noting also that when a debtor with assets in more than one State becomes subject to an insolvency proceeding, there often exists an urgent need for cross-border cooperation and coordination in the supervision and administration of the insolvent debtor's assets and affairs,

Considering that inadequate coordination and cooperation in cases of cross-border insolvency reduce the possibility of rescuing financially troubled but viable businesses, impede a fair and efficient administration of cross-border insolvencies, make it more likely that the debtor's assets would be concealed or dissipated and hinder reorganizations or liquidations of debtors' assets and affairs that would be the most advantageous for the creditors and other interested persons, including the debtors and the debtors' employees,

Noting that many States lack a legislative framework that would make possible or facilitate effective cross-border coordination and cooperation,

Convinced that fair and internationally harmonized legislation on cross-border insolvency that respects the national procedural and judicial systems and is acceptable to States with different legal, social and economic systems would contribute to the development of international trade and investment,

Considering that a set of internationally harmonized model legislative provisions on cross-border insolvency is needed to assist States in modernizing their legislation governing cross-border insolvency,

1. Expresses its appreciation to the United Nations Commission on International Trade Law for completing and adopting the Model Law on Cross-Border Insolvency contained in the annex to the present resolution;<sup>a</sup>
2. Requests the Secretary-General to transmit the text of the Model Law, together with the Guide to Enactment of the Model Law prepared by the Secretariat, to Governments and interested bodies;
3. Recommends that all States review their legislation on cross-border aspects of insolvency to determine whether the legislation meets the objectives of a modern and efficient insolvency system and, in that review, give favourable consideration



proceeding is "collective" (whether judicial or administrative) and the assets and affairs of the debtor are subject to court control or supervision.<sup>2</sup> Within those parameters, a variety of collective proceedings would be eligible for recognition, whether compulsory or voluntary, corporate or individual, winding-up or reorganization or those in which the debtor retains some measure of control over its assets, albeit under court supervision.<sup>3</sup>

In principle, the Model Law was formulated to apply to any proceeding meeting the requirements mentioned previously, independently of the nature of the debtor or its particular status under national law. However, the Model Law itself refers to the possibility of excluding from its scope of application certain types of entities, such as banks or insurance companies specially regulated with regard to insolvency under the laws of the enacting State.<sup>4</sup> A number of reasons might suggest the need for such an exclusion, including the fact that the insolvency of such entities gives rise to a particular need to protect vital interests of a large number of individuals; involves regulatory authorities and policies other than those contemplated by the Model Law; or requires particularly prompt and circumspect action (for instance to avoid massive withdrawals of deposits). For those reasons, the insolvency of such types of entities is administered in many States under a special regulatory regime.<sup>5</sup>

---

to the Model Law, bearing in mind the need for an internationally harmonized legislation governing instances of cross-border insolvency;

4. Recommends also that all efforts be made to ensure that the Model Law, together with the Guide, become generally known and available.  
72nd plenary meeting, 15 December 1997.

2. Model Law art. 2(a).
3. These would probably include reorganization proceedings under Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code ("foreign representative" is defined as a "body" authorized to administer the proceeding and should cover a debtor in possession); the English administration order proceedings; and the English creditor's voluntary liquidation. the English administrative receivership probably is not covered as it is essentially not collective, and the requirement for supervision of court is not met: see Fletcher, Note 5, p334.
4. Model Law art. 1(2).
5. Guide to Enactment, para. 61. The EU Regulation excludes similar types of entities on the basis that they are subject to special arrangements and, to some extent, the national supervisory authorities have extremely wide-ranging power of intervention, Recital (9) and art. 1(2).



Although the Model Law includes criteria designed to limit the benefits of access and recognition to those cases where jurisdiction has been exercised according to the principles outlined above, the Model Law does not interfere with rules of jurisdiction that are in force in the enacting States. It does not affect an enacting State's use of "extended" jurisdiction rules such as, for example, those based upon presence of assets of the debtor, or upon the concept of personal domicile not linked to any requirement of actual residence.

The Model Law also refrains from introducing any choice of law rules for adoption by the enacting States, leaving States free to deal with matters of conflicts of laws according to their established rules and practices.<sup>6</sup>

The introduction of new legal terminology is limited, except as it relates to the cross-border context such as "foreign proceeding", "foreign representative" and "foreign main proceeding" which are unlikely to conflict with terminology in existing laws. If an expression is likely to vary from country to country, the Model Law indicates the meaning of the term in italics within square brackets instead of adopting a particular term and calls upon drafters of national laws to use the appropriate term.

## 2. Access

### a) Foreign representative's access to courts of the enacting State

An important objective of the Model Law is to provide expedited and direct access for foreign representatives to the courts of the enacting State (often referred to as an "inbound request").<sup>7</sup> The Law avoids the need to rely on cumbersome and time-consuming letters rogatory or other forms of diplomatic or consular communications, which might otherwise have to be used. This facilitates a coordinated, cooperative approach to cross-border insolvency and enables fast action when needed. In addition to the general right of access, a foreign representative (upon recognition) has procedural standing to commence a local insolvency proceeding in the enacting State (under the conditions applicable in that State)<sup>8</sup> and to initiate actions to avoid or otherwise render ineffective acts detrimental

6. Contrast the EU Regulation, where Contracting States would be required to apply uniform rules of choice of law in cases falling within the ambit of that Regulation.

7. Model Law art. 9.

8. Model Law art.11.



to creditors,<sup>9</sup> may participate in an insolvency proceeding in the enacting State,<sup>10</sup> and may also intervene in proceedings concerning individual actions in the enacting State affecting the debtor or its assets.<sup>11</sup>

#### b. Creditors

In addition to providing access for foreign representatives, the Model Law confirms, on the basis of equal treatment with local creditors, that foreign creditors have access to the courts of the enacting State for the purpose of commencing an insolvency proceeding or participating in a local proceeding.<sup>12</sup> There is an exception to the principle of equal treatment in the Model Law that leaves the question of priority in distribution to national law, provided that a certain minimum level of treatment is accorded. That minimum level requires that a foreign creditor be treated in a distribution at least as well as a general unsecured creditor, provided that the equivalent local claim would receive at least that treatment.<sup>13</sup>

#### c. Foreign assistance for an insolvency proceeding in the enacting State

In addition to providing a foreign representative and creditors with access to the courts of the enacting State, the Model Law authorizes the courts of the enacting State to seek assistance abroad (often referred to as an "outbound request") on behalf of a local proceeding.<sup>14</sup> Providing that legislative authorization ensures that the position of the courts is clear, particularly in those States where the absence of that authorization will constrain courts from seeking assistance abroad, creating potential obstacles to a coordinated international response to cases of cross-border insolvency.

### 3. Recognition

The Model Law establishes simplified proof requirements for seeking recognition and assistance for foreign proceedings, which avoid time-consuming legalization requirements

---

9. Model Law art. 23.

10. Model Law art. 12.

11. Model Law art. 24.

12. Model Law art. 13.

13. Model Law art. 13(2).

14. Model Law art. 25.



involving notarial or consular procedures.<sup>15</sup> The applicant for recognition is required to be a duly appointed representative in a foreign proceeding and to provide the formal certificates of the foreign court or certified copies of its decisions. Those documents may be presumed to be authentic and accurate as to the facts contained in them, unless shown otherwise.<sup>16</sup> Procedural matters relating to notice of the application for recognition or the decision to grant recognition are not addressed by the Model Law; they remain to be governed by other provisions of law of the enacting State.

The mere fact that a foreign representative applies for recognition in the enacting State does not mean that the courts in that State will have jurisdiction over all the assets and affairs of the debtor, of the foreign representative.<sup>17</sup>

Eligibility for recognition and the assistance that flows from that recognition, either automatically or at the discretion of the court, depends upon whether the "foreign proceeding" as defined in article 2 can be characterized as a foreign main proceeding or a foreign non-main proceeding.

A foreign proceeding is deemed to be the main proceeding if it has been commenced in the State where the debtor has its "centre of main interests". This is not a defined term and was directly assimilated from the EU Convention on Insolvency Proceedings in the interests of promoting a consistent approach to international recognition. The Council (EC) Regulation No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, which supercedes the Convention, indicates (13th Recital) that the term should correspond to "the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties." Although it does not define the term, the Model Law does establish a presumption that in the absence of proof to the contrary, the debtor's registered office or habitual residence would be its centre of main interests.

Foreign non-main proceedings are defined as those based on establishment. The Model Law borrows the definition of "establishment" from what is now the EC Regulation, that is "non-transitory economic activity with human means and goods", and extends it by adding the words "or services".

15. Model Law arts. 15-17.

16. Model Law art. 16.

17. Model Law art. 10.



Foreign proceedings which have been commenced in a jurisdiction where the debtor does not have either a centre of main interests or an establishment do not qualify for recognition in a State enacting the Model Law. This is an important distinction for those national laws that allow jurisdiction based upon the presence of assets. However, articles 25-27 dealing with cooperation would apply, allowing international cooperation between courts in cases involving proceedings based on presence of assets. Article 28 goes on to provide that asset-based proceedings can be commenced in an enacting State after the recognition of foreign main proceedings (subject to certain limitations).

#### 4. Relief

The basic principle of the Model Law with regard to relief is that recognition of foreign proceedings by the court of the enacting State grants effects that are considered necessary for the orderly and fair conduct of a cross-border insolvency. As such the Model Law standardizes the effects of recognition (and may in fact lead to implementation of measures that are wider than those available in the State of the main proceeding), rather than importing the consequences of the foreign law into the insolvency system of the enacting State.

##### a) Interim relief

The Model Law recognizes that in appropriate cases, the court may grant certain interim relief pending a decision on recognition<sup>18</sup> and thereafter the basis upon which relief is granted depends upon whether the proceedings are main or non-main proceedings.

##### b) Foreign main proceedings

Key elements of the relief accorded upon recognition of a foreign main proceeding include a stay of actions of individual creditors against the debtor; a stay of enforcement proceedings concerning the assets of the debtor; and suspension of the debtor's right to transfer or encumber its assets.<sup>19</sup> These effects of recognition are mandatory in the sense that they are intended to flow automatically from the recognition of a foreign main proceeding. In those States where a court order is needed for the stay or suspension to become effective, legislation implementing the Model Law should require the court to take the appropriate action.

---

18. Model Law art. 19.

19. Model Law art. 20(1).



The stay of actions or enforcement proceedings is necessary to provide a breathing space to allow steps to be taken to organize an orderly and fair insolvency proceeding to deal with the assets of the debtor. The suspension of transfers is necessary because in the modern, globalized economic system it is possible for multi-national debtors to move money and property across boundaries quickly. The mandatory moratorium triggered by the recognition of the foreign main proceeding provides a rapid freeze essential to prevent fraud and to protect the legitimate interests of the parties involved until the court has an opportunity to notify all concerned and to assess the situation.

The Guide to Enactment<sup>20</sup> points out that imposition of the effects of recognition on the insolvent debtor can be justified even if the State where the debtor has its centre of main interests imposes different (possibly less stringent) conditions for the commencement of insolvency proceedings or even if the automatic effects of commencement in that State are different to those imposed by the Model Law.

Exceptions and limitations to the scope of the stay and suspension are outside the scope of the Model Law and are left to the law of the enacting State. Those exceptions may relate, for example, to the enforcement of secured claims, payments by the debtor made in the ordinary course of business, or the completion of open financial-market transactions. Similarly, the possibility of modifying or terminating the stay or suspension is determined by provisions governing comparable stays and suspensions in insolvency proceedings under the laws of the enacting State.<sup>21</sup>

#### c) Foreign non-main proceedings

Where proceedings are recognized as non-main proceedings, the Court may grant the same relief as applies automatically in the case of recognition of main proceedings, upon the application of the foreign representative.<sup>22</sup> In addition to the mandatory stay and suspension, the Model Law authorizes the court to grant, at the request of the foreign representative, additional discretionary relief for the benefit of any foreign proceeding, whether main or not.<sup>23</sup> That relief may include facilitating access to information concerning the assets of the debtor and its liabilities; appointing a person to

20. Guide to Enactment, para. 143.

21. Model Law art. 20(2).

22. Model Law art. 21(1)(a)-(c).

23. Model Law art. 21.



administer all or part of those assets; and any other relief that may be available under the laws of the enacting State. The relief granted in respect of a non-main proceeding is limited to those assets or transactions that the recognizing court determines to have an appropriate relationship to the non-main proceeding, on the basis of the law of the recognizing court.

#### 5. *Protection of creditors and other interested persons*

The Model Law contains provisions that protect the interests of the creditors, the debtor and other affected persons. These provisions, for instance, leave it to the discretion of the court whether to grant temporary relief upon application for recognition, or upon recognition, of a foreign proceeding; require that in granting such relief the court must be satisfied that the interests of the creditors and other interested persons, including the debtor, are adequately protected;<sup>24</sup> provide that the court may subject the relief it grants to conditions it considers appropriate;<sup>25</sup> and allow the court to modify or terminate the relief granted, if so requested by any person affected.<sup>26</sup>

In addition to these specific provisions, the Model Law in a general way provides that the court may refuse to take an action governed by the Law if the action would be manifestly contrary to the public policy of the enacting State.<sup>27</sup>

Questions of notice to interested persons, while closely related to the protection of their interests, are in general not regulated in the Model Law, leaving them to be governed by the procedural rules of the enacting State. For example, the law of the enacting State will determine whether any notice is to be given to the debtor or another person of an application for recognition of a foreign proceeding and the time period for giving the notice. The Model Law does provide, however, that where national law requires notice to be given to creditors, it should be given to foreign creditors and specifies the content of that notification<sup>28</sup> as well as providing that appropriate action be taken to notify creditors whose address is not yet known.

---

24. Model Law art. 22(1).

25. Model Law art. 22(2)

26. Model Law art. 22(3).

27. Model Law art. 6.

28. Model Law art. 14(3).



## 6. Coordination and cooperation

A widespread limitation on cooperation and coordination between judges from different jurisdictions in cases of cross-border insolvency is derived from the lack of a legislative framework, or from uncertainty regarding the scope of the existing legislative authority, for pursuing cooperation with foreign courts. Experience has shown that, irrespective of the discretion courts may traditionally enjoy in a State, the passage of a specific legislative framework is useful for promoting international cooperation in cross-border cases. Accordingly, the Model Law fills the gap found in many national laws by expressly empowering courts to extend cooperation in the areas governed by the Model Law and to communicate directly with foreign counterparts.<sup>29</sup> Notably this is not restricted to the time after which a decision to recognize a foreign proceeding has been made, and it could therefore take place from the earliest point of contact. Authorization is also provided for cooperation between a court in the enacting State and a foreign representative, and between a person administering the insolvency proceeding in the enacting State and a foreign court or a foreign representative.<sup>30</sup>

One delegate at the negotiations noted that while these provisions were the subject of much debate, many delegates who were at first hesitant ultimately agreed that a modern financial crisis requires full exploitation of modern methods of communication. It was also understood that the appropriate procedures and safeguards for any communications undertaken would be provided by local ideas of due process and natural justice.<sup>31</sup>

Recognizing that the idea of such active cooperation might be a relatively new and unfamiliar idea for many judges and foreign representatives, the Model Law addresses the ways in which cooperation might be undertaken, including communication of information, approval of "agreements concerning the coordination of proceedings" (what are generally referred to as cross-border protocols) that are of increasingly importance in cross-border insolvency cases and coordination of concurrent proceedings in respect of the same debtor.<sup>32</sup>

---

29. Model Law art. 25.

30. Model Law art. 26.

31. Westbrook, Jay Lawrence, *Multinational Enterprises in General Default: the UNCITRAL Model Law and Related Regional Reforms*, paper presented at the September 2001 meeting of the German Procedure Association, Athens, Greece (on file with the author).

32. Model Law art. 27. See also below D. Implementing cooperation and coordination.



## 7. Coordinating concurrent proceedings

The existence of concurrent proceedings requires greater attention to the notion of coordination and cooperation in view of the level of engagement between legal systems where parallel proceedings are taking place. As one commentator observes, "fundamental differences concerning the policies and approaches of the respective systems, including their treatment of different classes of claim under their distribution regimes for insolvency, can give rise to what is in effect a power struggle for control over the assets and the mode of distribution to which they will be subjected."<sup>33</sup>

The Model Law imposes virtually no limitations on the jurisdiction of the courts in the enacting State to commence or continue insolvency proceedings. Pursuant to article 28 jurisdiction remains with the courts of the enacting State for an insolvency proceeding to be instituted after recognition of a foreign main proceeding, provided that the debtor has assets in the enacting State and that the effects of the proceedings will be restricted to those assets. Where the debtor has no assets in the enacting State, there is no jurisdiction for commencing an insolvency proceeding. This is intended to avoid a situation where recognized foreign main proceedings and local proceedings both purport to have universal effect over all the debtor's assets.<sup>34</sup>

The Model Law deems the recognized foreign main proceeding to constitute proof that the debtor is insolvent for the purposes of commencing local proceedings.<sup>35</sup> This rule would be helpful in those legal systems in which commencement of insolvency proceedings requires proof that the debtor is in fact insolvent. Avoidance of the need for repeated proof of financial failure reduces the likelihood that a debtor may delay the commencement of the proceeding long enough to conceal or carry away assets.

The Model Law addresses the question of coordination between a local proceeding and a foreign proceeding concerning the same debtor<sup>36</sup> and facilitates coordination between two or more foreign proceedings concerning the same debtor.<sup>37</sup> The objective of these provisions is to foster coordinated decisions that would best achieve the objectives of both

---

33. Fletcher, Note 5, p357.

34. Ibid. p358.

35. Model Law art. 31.

36. Model Law art. 29.

37. Model Law art. 30.



proceedings (e.g. maximization of the value of the debtor's assets or the most advantageous restructuring of the enterprise). In order to achieve satisfactory coordination and to be able to adapt relief to changing circumstances, the court is in all situations directed to cooperate to the maximum extent possible with foreign courts and the foreign representatives.<sup>38</sup>

When the local insolvency proceeding is already under way at the time recognition of a foreign proceeding is requested, the Model Law requires that any relief granted for the benefit of the foreign proceeding must be consistent with the local proceeding. Furthermore, the existence of the local proceeding at the time the foreign main proceeding is recognized prevents the operation of article 20 (when there is no local proceeding pending, this article provides for the automatic application of a stay of individual actions or enforcement proceedings against the debtor and a suspension of the debtor's right to transfer or encumber its assets).<sup>39</sup>

When the local proceeding begins subsequent to recognition or application for recognition of the foreign proceeding, the relief that has been granted for the benefit of the foreign proceeding must be reviewed and modified or terminated if inconsistent with the local proceeding. If the foreign proceeding is a main proceeding, the stay and suspension, as mandated by article 20, must also be modified or terminated if inconsistent with the local proceeding.<sup>40</sup>

The Guide to Enactment makes it clear that the salient principle embodied in article 29 is that the commencement of a local proceeding does not prevent or terminate the recognition of a foreign proceeding. This principle is essential for achieving the objective of the Model Law in that it allows the court of the enacting State in all circumstances to provide relief in favour of the foreign proceeding. Nevertheless, the article maintains the pre-eminence of the local proceeding over the foreign proceeding by the manner in which it treats the question of relief. By adopting that approach, there is no intrusion into the autonomy of the enacting State and the Model Law avoids establishing a rigid hierarchy between the proceedings that might unnecessarily hinder the ability of the court to cooperate and exercise its discretion under articles 19 and 21.<sup>41</sup>

38. Model Law arts. 25 and 30.

39. Model Law art. 29(a).

40. Model Law art. 29(b).

41. See Guide to Enactment, paras. 189-190.



When the court is faced with more than one foreign proceeding, article 30 calls for relief to be tailored in such a way that will facilitate coordination of the foreign proceedings; if one of the foreign proceedings is a main proceeding, any relief must be consistent with that main proceeding. The provision applies irrespective of whether an insolvency proceeding is pending in the enacting State. The key issue is to promote coordination, cooperation and consistency of relief granted to different proceedings, although preference is given to foreign main proceedings.<sup>42</sup>

Another rule designed to enhance coordination of concurrent proceedings is the last article of the Model Law, which deals with the rate of payment of creditors.<sup>43</sup> It is intended to avoid situations in which one creditor might obtain more favourable treatment than other creditors of the same class by obtaining payment of the same claim in insolvency proceedings in different jurisdictions. Article 32 does not affect the ranking of claims as established by the law of the enacting State and is solely intended to establish the equal treatment of creditors of the same class. So, for example, where an unsecured creditor has received 5 per cent of its claim in a foreign insolvency proceeding and it also participates in the insolvency proceeding in the enacting State where the rate of distribution is 15 per cent, the creditor would receive 10 per cent of its claim in the enacting State in order to put it in a position equal to other creditors in the enacting State.

### C. Adoption of the Model Law

The Model Law has been adopted by Eritrea, Eritrea, Japan (2000), Mexico (2000), Poland, Romania (2003), South Africa (2000), within Serbia and Montenegro, Montenegro (2002), British Virgin Islands, overseas territory of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (2005), and United States of America (2005).

---

42. See Model Law arts. 30(a) and (b).

43. Model Law art. 32.



# Reforma al régimen concursal colombiano

---

Rodolfo Daníes Lacouture

---

Superintendente de Sociedades

## I. INTRODUCCIÓN

Actualmente en materia de derecho concursal, estamos bajo la vigencia de la Ley 550 de 1999, en lo relativo a la reestructuración de las empresas en crisis y de la Ley 222 de 1995, en lo concerniente al concordato de las personas naturales y liquidación obligatoria de las personas jurídicas.

La Ley 550 de 1999, expedida el 30 de diciembre de ese mismo año, fue concebida como un mecanismo transitorio para atender una situación coyuntural de crisis económica generalizada, en consideración a que los mecanismos concursales diseñados para situaciones ordinarias resultaron insuficientes e inadecuados, por eso el proceso concordatario fue suspendido por cinco (5) años, al entrar en aplicación la citada ley, la cual fue prorrogada por el término de dos (2) años, a través de la Ley 922 de 2004.

Esta norma fue expedida, con el objeto de crear un mecanismo contractual que brindara la posibilidad de una definición ágil, por parte de deudores y acreedores, que permitiera a las empresas del país normalizar su actividad productiva y, al mismo tiempo, atender sus compromisos financieros, sin embargo, a pesar de que esta normatividad, dotó de herramientas efectivas a deudores y acreedores para la consecución de acuerdos, tales como, la figura del promotor, los derechos de voto y la disminución de términos, ha tenido dificultades en su aplicación, al igual que el proceso de liquidación obligatoria establecido en la Ley 222 de 1995, siendo las más destacadas, las siguientes:

- **Posición dominante acreedores internos.** El sistema de votación para el acuerdo permite el manejo de las mayorías, imponiéndole condiciones desfavorables a ciertos acreedores, al permitir alianzas entre accionistas, como acreedores internos, con porciones pequeñas de acreedores o con posición propia mediante la compra de créditos.



Los acreedores internos no tienen restricciones cuando cuentan con la mayoría absoluta para decidir sobre el acuerdo, exponiéndose la negociación a abusos de su posición dominante.

- **Trámite dilatorio de las objeciones.** El proceso para resolver las objeciones establecido por la Ley 550 de 1999, ocasionó largas e inútiles dilaciones, al tenerse que decidir cada una de las objeciones propuestas en procesos diferentes y a través de audiencias independientes, según fuere el número de controversias.
- **Ausencia de la facultad para decretar medidas cautelares.** La Ley de Intervención económica no estableció por parte de los nominadores la posibilidad de decretar medidas cautelares, tendientes a salvaguardar los bienes de los empresarios deudores, facilitando de esta forma la enajenación de los mismos en perjuicio de los acreedores. Las acciones judiciales resultan o inoportunas o ineficientes para defender el patrimonio, garantía de los acreedores.
- **Acuerdo de reestructuración utilizado en su gran mayoría para refinanciación.** Las estadísticas confirman que, al celebrar los acuerdos de reestructuración, el mayor porcentaje de las empresas y acreedores han optado por la refinanciación, sin atacar el problema de fondo. El concepto operatividad no ha sido tenido en cuenta, limitándose a reprogramarse el servicio de la deuda (tasas, condiciones, tiempos y formas de pago). Este mecanismo ha llevado a que múltiples empresarios hayan tenido que recurrir a reformas o modificaciones del acuerdo, por imposibilidad de cumplimiento del originalmente pactado, por cuanto las condiciones operacionales no variaron y los problemas estructurales continuaban.
- **Confirmación del acuerdo.** Bajo la vigencia de la Ley 550 de 1999, han sido celebrados, algunos acuerdos que no contienen un plazo específico para el pago de las obligaciones reestructuradas y otros más, la forma en que serán canceladas dichas obligaciones, sin que el ente nominador tuviera la facultad de revisar los acuerdos para garantizar a los acreedores su legalidad, debiendo estos para salvaguardar sus derechos acudir a un proceso verbal sumario e impugnar el respectivo acuerdo ante la Superintendencia de Sociedades para que fuera resuelta la controversia.
- **Proceso de liquidación largo e inoperante.** El proceso de liquidación obligatoria consignado en la Ley 222 de 1995, en la práctica no agilizó el proceso liquidatorio ni permitió una liquidación pronta y ordenada de los bienes que conformaban el patrimonio del deudor. Con frecuencia, los adminis-



tradores y socios de las empresas en liquidación, una vez desligados de la empresa y de eventuales responsabilidades penales, trasladaron la liquidación al Estado, como si el juez del proceso pudiera reemplazar al deudor frente a los acreedores, no sólo para el pago de sus acreencias, sino para suministrar información sobre la empresa, custodiar los activos y obtener de ellos recursos que el empresario no generó.

Por todo lo anterior, aprovechando la experiencia y especialidad de la Superintendencia de Sociedades y bajo su liderazgo, fue preparado el proyecto de régimen de insolvencia, que establece un único régimen de insolvencia, aplicable a las personas naturales, las personas jurídicas y las sucursales de sociedades extranjeras, el cual introduce cambios estructurales que van a intentar corregir las deficiencias de las anteriores legislaciones, incorporando a nuestra legislación un régimen de insolvencia transfronteriza, inspirado en la Ley modelo que sobre el particular expidió la CNUDMI (Comisión para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional), teniendo como objetivos, entre otros, los relacionados a continuación, los cuales coinciden con los establecidos por la mencionada comisión, para los procesos de insolvencia:

- a) La adecuada protección de todos los acreedores del empresario insolvente,
- b) Trámite transparente y ágil, que le permita al empresario en insolvencia que sean protegidos sus intereses,
- c) La conservación del valor de los activos del empresario insolvente, evitando la disgregación fraudulenta que puede ser ventajosa para un acreedor o para terceras personas, y procurando que el valor de los mismos no disminuya,
- d) Prevenir la desmembración de los activos de las empresas por la realización de procesos de ejecución separados e individuales,

## II. FINALIDAD DEL RÉGIMEN PROPUESTO

El proyecto de reforma tiene por objeto la protección del crédito, a través de los procesos de reorganización y de pago y extinción, siempre bajo el criterio de agregación de valor, el primero de ellos, tiene como finalidad, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos y el segundo, persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor, en lo posible, con la rápida integración de sus activos al sector productivo. Ambos procesos son de carácter jurisdiccional, lo cual modifica lo imperante actualmente, donde el procedimiento de reestructuración, señalado en la Ley 550 de 1999, es de carácter administrativo.

La protección del crédito como objetivo primordial del régimen de insolvencia esta reflejada a lo largo de todo el proyecto, en norma tales como:



## A. Poderes del Juez

- Medidas para proteger y recuperar bienes, revocando actos efectuados de mala fe.
- Objetar designaciones hechas por el liquidador cuando afecten los intereses de los acreedores.
- Decretar medidas cautelares sobre bienes del deudor.

## B. Supuesto de Admisibilidad

Fue tomada en cuenta la incapacidad de pago inminente, en la que debe solicitarse conjuntamente por el deudor y acreedores que representen el 35% del pasivo total del deudor.

- C. El deudor queda restringido en algunas actividades desde la solicitud. (no venta de bienes, no pagos ni arreglos con sus acreedores ni ejecución de fiducias)
- D. Promotor y deudor deben acreditar la forma como fueron informados todos los acreedores.
- E. Posibilidad de perseguir a los terceros garantes del deudor. Incluyendo prendas e hipotecas.
- F. Cuando existan acreencias no relacionadas, podrá perseguirse solidariamente a los administradores, contadores y revisores fiscales, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.
- G. Confirmación del acuerdo por parte de la Superintendencia o el Juez.
- H. Reunión anual de acreedores para seguimiento al cumplimiento del mismo.
- I. Para rebajas de capital de la acreencia es necesario contar con un mínimo del 75% de los votos de la clase cuya acreencia será afectada.
  - j) Flexibilización de la prelación legal de créditos con el voto del 60%, sin incluir créditos pensionales, laborales, de seguridad social y de adquirientes de vivienda.
  - k) La capitalización de acreencias y las daciones en pago requieren el consentimiento individual del respectivo acreedor.
  - l) Los valores correspondientes a acreencias capitalizadas por los establecimientos de crédito serán contabilizados como inversiones negociables y deberán venderse dentro del plazo del acuerdo.



- m) Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos.
- n) Posibilidad de celebrar un acuerdo de adjudicación que agiliza la satisfacción de los créditos.

### III. PRINCIPIOS QUE REGULAN EL RÉGIMEN

A diferencia de la ley 550 de 1999, que en su aplicación produjo diversos criterios y un sinnúmero de confusiones en su interpretación, el texto del proyecto pone de presente y define los principios bajo los cuales debe regirse el procedimiento, permitiendo una adecuada interpretación, máxime teniendo en cuenta que el derecho concursal es especial, autónomo, de aplicación preferencial y reviste interés público para proteger el orden económico y social.

Dentro de los principios que regulan el régimen de insolvencia proyectado, encontramos los siguientes:

- *Universalidad*: la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación.
- *Igualdad*: tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias.
- *Eficiencia*: aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible.
- *Información*: en virtud del cual, deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso.
- *Negociabilidad*: las actuaciones en el curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor.
- *Reciprocidad*: reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza.

### IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Al régimen de insolvencia podrán acudir las personas naturales y jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacio-



nal, de carácter privado o mixto, independientemente de si tienen carácter de comerciantes o de si realizan actividades empresariales. Así mismo, estarán sometidas al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras

Las personas excluidas del régimen de insolvencia, a las que se refiere el inciso anterior, son:

- Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que tengan régimen especial de intervención o liquidación;
- Las Bolsas de Valores y Agropecuarias;
- Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad;
- Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito;
- Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial;
- Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas.
- Las empresas de servicios públicos domiciliarios y,
- Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar;

## V. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCESOS CONCURSALES

Son competentes para conocer de un proceso de insolvencia:

- La Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política, tratándose de deudores personas naturales comerciantes, con un total de activos igual o superior al equivalente a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de presentación de la solicitud y todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras.
- El Juez Civil del Circuito del domicilio principal del deudor, en los demás casos, no excluidos del proceso.



## VI. PRINCIPALES CAMBIOS ESTRUCTURALES EN EL TRÁMITE DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN

La reforma del régimen concursal, establece innumerables cambios al trámite de reorganización que existe actualmente bajo la vigencia de la Ley 550 de 1999, esto es, el acuerdo de reestructuración, entre los principales, destacamos los siguientes:

A. **Supuestos de admisión.** Para acceder al trámite de un proceso de insolvencia, el deudor no podrá tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral. Lo anterior porque estamos en presencia de dinero de terceros, sea el Estado o los trabajadores, que no deben estar sujetos al riesgo inminente de los negocios comerciales y que permaneciendo en la caja del deudor, han distorsionado su realidad financiera. Adicionalmente su calidad de créditos preferenciales, al momento del pago, establece un prerrequisito o condición, difícilmente superable al reorganizar el patrimonio del deudor.

B. **Acuerdos de reorganización financiera y operativa.** Con el proyecto buscamos que los acuerdos o fórmulas propuestas contengan los mecanismos que permitan corregir las deficiencias operacionales de los deudores, a través de la reconversión o reorganización de la empresa, como un concepto de carácter operativo, estableciendo normas que propugnen por esta reconversión.

En la solicitud, dentro de los requisitos de admisión, debe presentarse un plan de negocios de reorganización, que contemple no sólo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, sino esta vinculado exclusivamente, como puede suceder, a plazos de pago. La Ley 550 de 1999, en este aspecto, si bien exigía la presentación de una propuesta de bases para la negociación del acuerdo, las mismas en pocos casos incluyeron aspectos que condujeran a una verdadera reorganización del deudor.

C. **Calificación y graduación de créditos.** El deudor debe presentar la calificación y graduación de créditos y derechos de voto y el Estado sólo intervendrá para resolver las posibles controversias suscitadas, esto incentiva un mayor acercamiento entre las partes para lograr la conciliación del crédito antes de desatar el aparato jurisdiccional del Estado y agiliza la solución.

D. **Simplificación de objeciones.** La ley 550 de 1999 estableció como mecanismo para resolver las objeciones, el proceso verbal sumario, que en la práctica ha ocasionado largas e inútiles dilaciones. El proyecto propone que sean resueltas en



audiencia y a través de una sola providencia, con oportunidad procesal de controvertir la decisión en estrado. Esto imprimirá agilidad y seguridad jurídica, elementos primordiales en un mecanismo que busca la recuperación de la empresa o la rápida liquidación y puesta en marcha de la unidad productiva en el mercado nacional.

## E. Publicidad

1. *Página Web.* Para dotar al proceso de insolvencia de la mayor transparencia, establecimos en el proyecto que el empresario y la Superintendencia de Sociedades, en sus páginas Web, deberán mantener a disposición de los acreedores, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, a partir del inicio de la negociación, los estados financieros básicos actualizados, y la información relevante para evaluar la situación del deudor y llevar a cabo la negociación, así como el estado actual del proceso de reorganización, so pena de multas.
2. *Información de los acreedores.* Así mismo el promotor y los administradores del deudor tienen la obligación de, a través de los medios que estimen idóneos en cada caso, informar a todos los acreedores la fecha de inicio del proceso de reorganización, transcribiendo el texto completo del aviso de inicio expedido por la autoridad competente, incluyendo a los jueces que tramiten procesos de ejecución y restitución. En todo caso, deberán acreditar ante la Superintendencia o el juez el cumplimiento de lo anterior y siempre los gastos serán a cargo del deudor.
3. *Fijación del aviso.* Igualmente en la providencia de apertura, el Juez ordena la fijación de copia del aviso de inicio del proceso, en la sede y sucursales del deudor y deberá fijar en sus oficinas, en un lugar visible al público y por un término de cinco (5) días, un aviso que informe acerca del inicio del proceso de insolvencia y del nombre del promotor.
4. *Inscripción de la providencia de apertura.* El auto de apertura del proceso de reorganización ordena la inscripción de la providencia en el registro, de aquellos bienes sujetos a esa formalidad.
5. *Reunión anual de seguimiento.* Dentro del acuerdo debe establecerse una cláusula donde los acreedores señalen la fecha de reunión anual para el seguimiento del acuerdo celebrado y de la situación económica del deudor.

## F. Créditos fiscales

1. *Supuesto de admisibilidad para la iniciación del trámite de insolvencia.* En cuanto a los supuestos que debe cumplir el deudor para ser admitido al trámite de un procedimiento de insolvencia, el proyecto contempla una innovación con respec-



to al régimen de la ley 550 de 1999, previendo que para ser admitido al trámite de insolvencia, el deudor no deberá tener obligaciones vencidas como consecuencia de retenciones de carácter obligatorio debidas a autoridades fiscales nacionales o locales.

2. *Capitalización de acreencias y daciones en pago.* Al igual que bajo el régimen de la ley 550 de 1999, el proyecto señala que no pueden ser capitalizadas las obligaciones fiscales, sin embargo, en lo referente a las daciones en pago, no excepciona a la DIAN para recibirlas, por lo tanto, al igual que los demás acreedores, podrá convenir la dación en pago como una forma de satisfacer su acreencia.
3. *Régimen de renta presuntiva.* En el proyecto de régimen de insolvencia, es eliminada la ventaja que tienen actualmente los empresarios durante la negociación y hasta cinco años después de la celebración del acuerdo de reestructuración, con relación a la exoneración del impuesto por renta presuntiva.
4. *Exoneración de gravámenes.* La adjudicación de bienes a pensionados y trabajadores no será un ingreso constitutivo de renta para efectos tributarios.
- G. *Terminación de contratos por parte del deudor.* El deudor admitido a un trámite de reorganización podrá buscar la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuera parte.

Cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades o al juez del proceso, autorización para la terminación del contrato respectivo. La autorización podrá darse cuando el empresario acredite las siguientes circunstancias:

1. Que sea un contrato de tracto sucesivo en ejecución y
  2. Que las prestaciones a cargo del deudor resulten excesivas, tomando en consideración el precio de las operaciones equivalentes o de reemplazo que el deudor podría obtener en el mercado al momento de la terminación.
- H. *Acreedores internos.* La categoría de acreedores internos, fue eliminada en aras de evitar abusos jurídicos en las posiciones dominantes de socios o accionistas, sin embargo, en la celebración del acuerdo, aquellas decisiones que requieran de reforma estatutaria, requerirán de la aprobación de la mayoría necesaria prevista en los estatutos para realizarla.
- I. *Medidas cautelares discrecionales.* A diferencia del trámite de Ley 550 de 1999, donde no podían ser dictadas medidas cautelares y de la Ley 222 de



1995, donde eran dictadas sobre los bienes muebles sujetos a registro desde el mismo auto de apertura al concordato, en este proyecto, son establecidas estas medidas a discreción del Juez, sin que sea automáticamente, como sucedía en la Ley 222 de 1995, en cualquier momento del proceso, manteniendo así la regularidad, integración y negociabilidad de los bienes del deudor y protegiendo según lo riesgos que evidencia el proceso, los activos, fuente de pago de los deudores.

- J. **Aprobación del acuerdo.** El Juez verifica la legalidad del acuerdo y su conducencia al logro de las finalidades del proceso, de tal manera que una vez aprobado por los acreedores y confirmado por el juez en audiencia, queda en firme y no es posible impugnarlo. Actualmente son numerosas las impugnaciones al acuerdo que dilatan su ejecución.
- K. **Audiencias de decisión de objeciones, confirmación e incumplimiento del acuerdo.** Las audiencias fueron establecidas con el objeto de que en ellas sean tomadas, decisiones de fondo que contribuyan con la seguridad y agilidad del proceso.
  - 1. **Audiencia de decisión de objeciones.** Siempre que existan objeciones, la Superintendencia o el Juez convocará a audiencia para decidir sobre las pendientes e informar acerca de las conciliadas, lo cual hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que el promotor presente su informe. La decisión será tomada mediante providencia, que solo tendrá recurso de reposición para ser resuelto en la misma audiencia, notificada en estrados, y en la cual señalará plazo para celebrar el acuerdo, que no podrá ser superior a tres (3) meses.

Resueltas las objeciones, la Superintendencia o el juez mediante providencia declarará aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos, así como los derechos de voto, y fijará plazo para la presentación del acuerdo, de conformidad con lo previsto en el inciso primero de este artículo. De esta manera evitamos demoras en su resolución.

- 2. **Audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización.** Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que el promotor radique el acuerdo de reorganización aprobado por los acreedores, la Superintendencia de Sociedades o el juez convocarán a una audiencia de confirmación del acuerdo, la cual deberá ser realizada dentro de los cinco (5) días siguientes, para que los acreedores tengan la oportunidad de presentar sus observaciones tendientes a que el Juez o la Superintendencia en audiencia, verifique su legalidad y conducencia al logro de las finalidades del proceso de insolvencia en cada caso.



Si la Superintendencia o el juez niega la confirmación, expresará las razones que tuvo para ello, y suspenderá la audiencia por una sola vez máximo durante ocho (8) días, para que el acuerdo sea corregido y aprobado por los acreedores, de acuerdo con lo ordenado so pena del inicio del término para celebrar acuerdo de adjudicación.

3. *Audiencia de incumplimiento.* Si algún acreedor o el deudor denuncia el incumplimiento del acuerdo de reorganización o de los gastos de administración, el Juez o la Superintendencia verificará dicha situación y en caso de encontrarlo acreditado, requerirá al promotor para que, dentro de un término no superior a un mes, actualice la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, gestione las posibles alternativas de solución y presente al Juez o a la Superintendencia el resultado de sus diligencias.

Recibido el Informe del Promotor, el Juez o la Superintendencia, convocará al deudor y a los acreedores cuyos créditos no hayan sido pagados, a una audiencia para deliberar sobre la situación y decidir lo pertinente.

Cuando el incumplimiento provenga de gastos de administración, debe ser subsanado con el consentimiento individual de cada acreedor, sin que sus créditos cuenten para efectos de voto.

Si la situación es resuelta, la Superintendencia o el Juez confirmará la alternativa de solución acordada y el promotor deberá cumplir con las formalidades previstas en la presente Ley. En caso contrario, la Superintendencia o el juez declarará terminado el acuerdo de reorganización y ordenará la apertura del trámite del proceso de pago y extinción.

## VII. PRINCIPALES CAMBIOS AL PROCESO DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA REGULADO EN LA LEY 222 DE 1995

Al proceso de liquidación obligatoria regulado en la Ley 222 de 1995, fueron introducidos grandes cambios, con el objeto de hacerlo operante y eficaz:

- A. *Terminación de los contratos de trabajo y de tracto sucesivo.* El proyecto consagra la terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores y de tracto sucesivo, cuando sea decretada la apertura del proceso de pago y extinción, para evitar que sigan causándose obligaciones que incrementan el pasivo y generen el posible incumplimiento en el pago de las obligaciones que forman parte del pasivo a liquidar.



- B. **Posibilidad de celebrar un acuerdo de adjudicación.** Si la sociedad no logró celebrar un acuerdo de adjudicación, el Juez otorgará un plazo para presentar acuerdo de adjudicación donde serán adjudicados los bienes del deudor en forma rápida y ordenada, en caso de no presentarse dicho acuerdo, el juez del concurso procederá a adjudicar.
- C. **Adjudicación de bienes y entrega material.** Con el objeto de hacer del proceso de liquidación de los bienes del deudor, un proceso más eficiente y rápido, atendiendo la celeridad con la que debe atenderse este tipo de trámites por los intereses en juego, el proyecto elimina la etapa de subasta y remate establecidos en la Ley 222 de 1995 y establece la adjudicación de bienes, los cuales son entregado por el liquidador en el estado en que los bienes se encuentren.
- D. **Simplificación del proceso de liquidación.** *Denominado ahora proceso de pago y extinción.* Menos intervención del Estado, al ser realizada la calificación y graduación de créditos y derechos de voto con base en los realizados en etapas anteriores y por parte del liquidador directamente cuando sea del caso. Además, es otorgado un plazo a los acreedores para que establezcan un acuerdo para el pago o adjudicación de bienes, el cual de no ser obtenido lo determinará el Juez.
- E. **Protección a la vivienda.** Uno de los grandes problemas en los procesos liquidatorios, es la situación de los adquirentes de inmuebles destinados a vivienda. El proyecto establece una regla especial para la presentación al procedimiento, consistente en que estos acreedores soliciten la celebración del contrato prometido, y que el juez disponga, de ser posible, la ejecución de la operación, partiendo del supuesto de que el inmueble existe físicamente y esté en condiciones que permitan su entrega. La ejecución de esta operación depende del pago previo del saldo del precio prometido a órdenes del juez de la quiebra.  
  
Los compradores que ostentan la propiedad y el inmueble está gravado con hipoteca en mayor extensión deben solicitar la cancelación del gravamen, que será ordenada siempre que esté pagada la totalidad del precio.
- F. **Créditos postergados.** Un gran problema en la legislación actual (Ley 222 de 1995) es el que presentan los créditos con empresas vinculadas con el deudor, sus administradores y controlantes o socios, por cuanto cuentan con información privilegiada; por tal razón, el pago de los mismos en la propuesta será postergado. También posterga los créditos de acreedores que intentan pagarse por su propia cuenta con bienes del deudor.



## VIII. RÉGIMEN DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

El presente proyecto de ley incorpora al ordenamiento jurídico colombiano la Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia Transfronteriza, de manera que, Colombia quede incluida en el conjunto de países de la comunidad internacional que ya acogieron en su derecho interno el modelo de la mencionada Comisión, como es el caso de México dentro del ámbito latinoamericano. La Ley modelo es un instrumento valioso para enfrentar la proliferación actual y creciente de casos de insolvencia Transfronteriza. Su ventaja está reflejada en el respecto a las diferencias dadas de un derecho procesal interno a otro, sin intentar unificar el derecho sustantivo de la insolvencia, y al mismo tiempo en ofrecer soluciones que pueden ser útiles tanto para los acreedores y empresarios nacionales como para los extranjeros.

Los Estados que incorporan la Ley Modelo a su derecho interno están introduciendo mejoras y adiciones útiles a su régimen interno de insolvencia, destinadas a resolver problemas peculiares de los casos de insolvencia transfronterizos. La Ley Modelo es un instrumento valioso para enfrentar la proliferación actual y creciente de casos de insolvencia transfronteriza. Su ventaja está reflejada en el respeto a las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro, sin intentar unificar el derecho sustantivo de la insolvencia, y al mismo tiempo en ofrecer soluciones que pueden ser útiles tanto para los acreedores y empresarios nacionales como para los extranjeros.

La incidencia cada vez mayor de la insolvencia transfronteriza refleja la incesante expansión mundial del comercio y de las inversiones. Ahora bien, el derecho interno se ha rezagado en gran medida de esta evolución, por lo que no está en condiciones de atender a las necesidades de la insolvencia transfronteriza. Ello da lugar a menudo a soluciones jurídicas inadecuadas y desequilibradas, que dificultan la rehabilitación de empresas en dificultades financieras, no facilitan una administración eficiente y equitativa de las insolvencias transfronterizas, impiden la protección de los bienes del deudor insolvente contra su dispersión, y obstaculizan la optimización del valor de esos bienes, es por eso, que existe la necesidad imperiosa de incorporar el régimen de insolvencia transfronteriza a nuestro derecho interno.

## CONCLUSIONES

Debido al impacto social que origina una empresa con problemas de liquidez o solvencia, dentro de la evolución de la economía nacional, es importante la adopción de medidas que contribuyan al saneamiento de las finanzas de las sociedades consideradas viables o la liquidación pronta y ordenada de aquellas que no lo son, buscando, en este caso, la rápida integración de los activos al sector productivo, de manera tal que, el



régimen de insolvencia propuesto pretende la protección del crédito a través de un proceso ágil y confiable, donde los activos del empresario deudor, contribuyan verdaderamente a satisfacer las obligaciones adquiridas por el mismo.

En el proyecto, el proceso de liquidación obligatoria, toma la denominación de "proceso de pago y extinción", término novedoso adaptado a la realidad del procedimiento, que busca atender el pasivo hasta donde fuere posible y luego la extinción del deudor, en busca de una rápida toma de posesión de los bienes del deudor en crisis, que asegure la liquidación ordenada de su patrimonio para la cancelación de los créditos, sin asumir por tal, de manera alguna, las características penales de lo establecido en el Decreto 410 de 1971, que resultaron inoperantes e inoficiosas. No es, pues, una asunción de características penales, sino el camino a seguir para el deudor comercialmente inviable.

A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la ley 222 de 1995 en materia de liquidación obligatoria, donde la apertura de la liquidación era el punto de inicio para que el liquidador procediera a presentar inventario de los bienes, el cual debía ser aprobado por la Superintendencia de Sociedades o el juez, en el proyecto de ley este trámite es más ágil, teniendo en cuenta que fracasado el proceso de acuerdo de reorganización, el deudor en cabeza del liquidador y de los acreedores deben presentar dentro de un término corto un acuerdo de adjudicación, el cual deberá ser confirmado por la Superintendencia o el Juez.

De no lograrse el acuerdo de adjudicación, la Superintendencia o el Juez deberán adjudicar los bienes del deudor en cabeza de los acreedores, atendiendo las reglas que sobre enajenación y adjudicación de bienes tiene el proyecto.

En este orden de ideas, buscamos dotar al juez de los poderes suficientes para direccionar el proceso, a los acreedores de las garantías necesarias para la protección de sus créditos y al deudor de las herramientas necesarias para una reorganización estructural de su empresa o la posibilidad de una liquidación rápida y efectiva, siempre bajo el criterio de agregación de valor.



# Practical Issues Under Chapter 11 Cases Concerning Foreign Debtors

---

Ronald E. Barad

---

Smith, Gambrell & Russell, LLP, Promenade II, Suite 3100, 1230 Peachtree Street,  
NE, Atlanta, Georgia 30309. Telephone: (404)815-3573.  
Facsimile: (404)685-6873. E-mail: rbarab@sgrlaw.com

A foreign debtor<sup>1</sup> that has a need for assistance from the courts of the United States in connection with efforts to reorganize its financial affairs may take advantage of the insolvency or reorganization laws of the jurisdiction of its domicile and at the same time seek ancillary relief under chapter 15 of Title 11 of the United States Code (the "Bankruptcy Code," the "Code" or "11 U.S.C.") in aid of its proceedings at home. Alternatively, if the foreign debtor is eligible for relief under chapter 11 of the Bankruptcy Code, it may commence a principal case under that chapter either while contemporaneously seeking relief under comparable laws of the jurisdiction of its domicile or, under unusual circumstances, without commencing any proceedings whatsoever at home. The purpose of this paper is to discuss the eligibility of foreign debtors to reorganize, either in whole or in part, under the Bankruptcy Code, and the implications to a foreign debtor of a case under the Code, whether conducted in conjunction with a case in the foreign debtor's home jurisdiction or conducted as a stand-alone case.

## I. ELIGIBILITY OF FOREIGN COMPANY FOR REORGANIZATION UNDER CHAPTER 11

It is "crystal clear" that Congress has permitted foreign debtors "to avail themselves of our [the U.S.] bankruptcy laws." *Maxwell Communications Corp. v. Barclays Bank plc* (In re Maxwell Communications Corp), 170 B.R. 800, 812 (Bankr. S.D.N.Y. 1994), *aff'd sub nom. Maxwell Communications Corp. v. Societe Generale* (In re Maxwell

---

1. The term "foreign debtor," as used in this paper, means a debtor who resides in, or, if not an individual, is organized under the laws of, a country other than the United States of America.



Communications Corp.), 186 B.R. 807 (S.D.N.Y. 1995), *aff'd*, 93 F.3d 1036 (2d Cir. 1996). Whether there is, at the time of the commencement of a bankruptcy case concerning a foreign debtor or thereafter a foreign proceeding (such as a proceeding under Colombian Law 550 of 1999) concerning the debtor does not affect the eligibility of the debtor to seek relief under the Bankruptcy Code. Indeed, the United States Court of Appeals for the Second Circuit has ruled that

section 304 [of the Code, the former provision for ancillary proceedings] was not considered by Congress to be exclusive. "When as here Congress adds a new remedy ... where other remedies had been clearly recognized, it would be expected to say so if it meant the new remedy to be exclusive." ... Congress retained the option of commencing a full bankruptcy case if the estate in the United States is substantial enough to require a full case for proper administration.

*Cunard Steamship v. Salen Reefer Services AB*, 773 F.2d 452, 456 (2d Cir. 1985) (quoting *Leist v. Simplot*, 638 F.2d 283, 313 (2d Cir. 1980), and citing 11 U.S.C. § 303(b)(4)).

The Bankruptcy Code provides that an entity, whether foreign or domestic, is eligible to seek relief under chapter 11 so long as the debtor is a "person" within the meaning of 11 U.S.C. § 101(41) (which includes a corporation which is not a governmental unit), and is not a railroad, an insurance company, bank or other financial institution described in 11 U.S.C. § 109(b), and so long as the debtor "resides or has ... a place of business, or property in the United States." 11 U.S.C. § 109. The Bankruptcy Code leaves the court no discretion "to consider whether it was the intent of Congress to permit someone to obtain a bankruptcy discharge solely on the basis of having a dollar, a dime or a peppercorn located in the United States." *In re McTague*, 198 B.R. 428, 432 (Bankr. W.D.N.Y. 1996).

In considering the facts of the *McTague* case, the bankruptcy court determined that US\$194 in a bank account in the United States is sufficient to permit the foreign owner of the account to be a debtor under the Bankruptcy Code, although the court could still consider whether the case should be dismissed as a bad faith filing, for substantial abuse, or under principles of abstention. *Id.* In reaching its conclusion, the court reasoned that it "does not have discretion to look behind the language [of the applicable Code section] and declare that the quantity of property in the United States will be decisive of eligibility to be a debtor under the Code." *Id.* Likewise, so long as a foreign debtor has a "place of business" in the United States, the Code should leave the court no discretion to consider the size or importance of that place of business in determining the foreign debtor's eligibility to seek relief under the Bankruptcy Code. 11 U.S.C. § 109(a).



The Bankruptcy Code provides for an eligible foreign debtor to become a debtor in a case under the Bankruptcy Code in three different ways. First, the debtor may commence a voluntary case. 11 U.S.C. § 301. Second, the requisite number of creditors may commence an involuntary case against an eligible foreign debtor. 11 U.S.C. § 303(b). Finally, there is a specific provision of the Code authorizing a foreign representative of the estate of a debtor in a foreign proceeding to commence an involuntary case against the debtor. 11 U.S.C. § 303(b)(4). A case commenced under any of such provisions may be a chapter 7 (liquidation) or 11 (reorganization) case, and, in any such chapter 11 case, the foreign debtor will, except as otherwise limited under the circumstances described in this paper, be entitled to reorganize under the applicable provisions of the Bankruptcy Code just as would be a domestic debtor.

## II. GROUNDS FOR DISMISSAL OR SUSPENSION

Upon the filing by a foreign debtor of a case under chapter 11 of the Code, an objecting creditor or a foreign representative may move to dismiss or suspend all proceedings in the case pursuant to 11 U.S.C. § 305(a) on the basis either (a) that "the interests of creditors and the debtor would be better served by such dismissal or suspension," or (b) "a petition under section 1515 [of chapter 15 of the Code] for recognition of a foreign proceeding has been granted; and ... the purposes of chapter 15 of ... [the Code] would be best served by such dismissal or suspension." 11 U.S.C. § 305(a). The purposes of chapter 15 are expressly stated to be

to incorporate the Model Law on Cross-Border Insolvency so as to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency with the objectives of—

- (1) cooperation between—
  - (A) courts of the United States, United States trustees, trustees, examiners, debtors, and debtors in possession; and
  - (B) the courts and other competent authorities of foreign countries involved in cross-border insolvency cases;
- (2) greater legal certainty for trade and investment;
- (3) fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors, and other interested entities, including the debtor;
- (4) protection and maximization of the value of the debtor's assets; and



- (5) facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment.

11 U.S.C. § 1501(a).

In *In re Spanish Cay Co., Ltd.*, 161 B.R. 715 (Bankr. S.D. Fla. 1993), a creditor moved pursuant to 11 U.S.C. § 305(a) to dismiss a bankruptcy case in the Bankruptcy Court for the Southern District of Florida concerning a Bahamian corporation whose principal asset was an island in the Bahamas on each of the grounds set forth in section 305(a). Having determined that the Bahamian corporation was eligible for relief under the Bankruptcy Code because it had its principal place of business on a houseboat in Palm Beach County, Florida, and had property in the United States, *id.* at 720, the court determined not to dismiss the case under the first prong of section 305(a), finding that as the only alternative to the bankruptcy case was a liquidation proceeding in the Bahamas, "it would not be in the best interest of both the creditors and the debtor for the Court to abstain under section 305(a)(1)." *Id.* at 724.

The court further found that it could not appropriately dismiss the case under the second prong of section 305(a), which required that a foreign proceeding be pending, because at the time of the hearing no such proceeding was in fact pending.<sup>2</sup> *Id.* Still, the court

---

2. Section 305(a)(2) of the Code formerly provided that a case may be dismissed or suspended if a foreign proceeding is pending and dismissal or suspension is warranted by consideration of *what will best assure an economical and expeditious administration of ... the estate, consistent with—*

- (1) just treatment of all holders of claims against or interests in such estate;
- (2) protection of claim holders in the United States against prejudice and inconvenience in the processing of claims in such foreign proceeding;
- (3) prevention of preferential or fraudulent dispositions of property of such estate;
- (4) disposition of proceeds of such estate substantially in accordance with the order prescribed by this title [i.e., the Bankruptcy Code];
- (5) comity; and
- (6) if appropriate, the provision of an opportunity for a fresh start for the individual that such foreign proceeding concerns.



determined to avoid "additional delay and expense" by granting the moving creditor relief from the automatic stay to institute insolvency proceedings in the Bahamas and proceeded to "enter its order of abstention contingent and effective upon the actual commencement of an insolvency proceeding in the Bahamas." *Id.* at 724. Basing its decision on the principle of "comity," the court in Spanish Cay found that, considering the debtor was a domestic Bahamas business, the principal asset of the debtor was real estate located in the Bahamas, and the mortgage granted to the principal creditor was governed by Bahamian law, the Bahamas had the "paramount interests" in liquidating the assets of the debtor. *Id.* at 725. Although the factors to be considered under section 1501(a) of the Code are not identical to the factors to be considered under former section 304(b) of the Code [see Note 2 above], it is reasonable to expect that bankruptcy courts will largely reach similar conclusions under the new standards.<sup>3</sup>

The language of section 305(a)(2) dictates that a court's determination of whether or not to dismiss or suspend a chapter 11 case in order to promote the purposes of chapter 15 of the Code will necessarily be dependent upon the facts of the case. Nevertheless, there is guidance available from the cases decided under former section 305(a)(2). For example, the Bankruptcy Court for the Southern District of New York discussed in great detail the various considerations under former section 305(a)(2) in *In re Aerovias Nacionales de Colombia S.A. Avianca*, 303 B.R. 1 (Bankr. S.D.N.Y. 2003), in which the debtor, Avianca Airlines, sought to reorganize solely under chapter 11 of the Bankruptcy Code. Recognizing the crucial absence of a pending foreign proceeding concerning Avianca (as required for dismissal by both former and current section 305(a)(2)), and rejecting the arguments of the movant that Avianca, a Colombian company, ought to be required to file a proceeding in its "home" court, the bankruptcy court in the Avianca case went on to find that the continuation of the case was otherwise appropriate under the circumstances. *Id.* at 12.

---

11 U.S.C. §§ 304(b) and 305(a)(repealed 2005). Section 305(a), as amended by the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 ("BAPCPA"), now provides that a case may be dismissed or suspended if a foreign proceeding has been granted recognition under chapter 15 of the Code and the purposes of chapter 15 (discussed above) would best be served by such dismissal or suspension. 11 U.S.C. § 305(a)(2005).

3. "Chapter 15 was not intended to change the basic approach of United States law, although it fills in a number of details and provides a common platform for cooperation with other countries around the world." Jay Westbrook, 'Chapter 15 at Last' 79 Am. Bankr.L.J. 725-26 (2005)(footnote omitted).



The court found, among other important factors supporting the continuation of Avianca's chapter 11 reorganization, that Avianca had leased all of its aircraft from companies either located in or subject to the jurisdiction of the U.S. courts. "It has been said," the court observed, "that the efficacy of a bankruptcy depends on a court's ability to control and marshal the debtor's assets." *Id.* Expanding on its observation, the court remarked that more important often than the presence of assets in a jurisdiction are "the presence of creditors in a jurisdiction, the power of a court to exert judicial power over them, and the willingness of other creditors to submit to the jurisdiction of the court." *Id.* at 13. Finally, the court noted that while Colombian creditors were for the most part participating willingly in the U.S. proceedings, the complaints of undue prejudice from the application of U.S. law came initially only from U.S. creditors, and, ultimately, the sole creditor objecting to the continuation of the proceedings was a U.S. company. Under those circumstances, the court found the motion to dismiss the case under section 305(a)(2) to be without merit.

### III. AVAILABILITY TO FOREIGN DEBTORS OF BANKRUPTCY AVOIDANCE POWERS

The Bankruptcy Code makes no distinction between domestic debtors and foreign debtors where the provisions of sections 365 (Executory contracts and unexpired leases), 544 (Trustee as lien creditor and as successor to certain creditors and purchasers), 545 (Statutory liens), 547 (Preferences), 548 (Fraudulent transfers and obligations), 549 (Postpetition transactions) and 550 (Liability of transferee of avoided transfer) are concerned. 11 U.S.C. §§ 365, 544, 545, 547, 548, 549 and 550. That is, a foreign debtor has the same rights and obligations that a U.S. company has in connection with the assumption or rejection of executory contracts and unexpired leases, the avoidance of statutory liens, and the avoidance and recovery of preferential, fraudulent or postpetition transfers. But at the same time, both domestic and foreign debtors must contend with the same impediments where they seek to apply the bankruptcy laws extraterritorially. The difference is only in the frequency with which the issue may arise.

There is a settled presumption under American law that

"legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States." The presumption "serves to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations which could result in international discord." Moreover, the presumption recognizes that Congress is primarily concerned with domestic conditions when it legislates.



*In re Maxwell Communications Corp.*, 186 B.R. 807, 815, *aff'd*, 93 F.3d 1036 (2d Cir. 1996)(citations omitted). To determine whether the presumption applies to any particular transaction, a court must answer two questions. *Id.* at 815-16. First,

after identifying the conduct proscribed or regulated by the particular legislation in question, a court must consider if that conduct occurred outside the borders of the U.S. Second, if the presumption is implicated, an inquiry into Congressional intent must be undertaken to determine if Congress intended to extend the coverage of the relevant statute to such extraterritorial conduct.

*Id.* at 816 (citations omitted).

Addressing the second prong of the inquiry, the United States Court of Appeals for the Second Circuit held in *Kollias v. D&G Marine Maintenance*, 29 F.3d 67 (2d Cir. 1994), cert. denied, 513 U.S. 7146 (1995), held that a court may ascertain Congress' intent with regard to the extraterritorial effect of a statute by considering not only the language of the statute but also "other indicia of Congressional intent," including its legislative history and administrative interpretations. *Id.* at 73. In the case of the various provisions of the Bankruptcy Code under which a debtor in possession or trustee may set aside transactions, it follows that "an inquiry into whether Congress intended that ... [such provisions] apply extraterritorially should include the language and legislative history of both [such provisions] and the entire bankruptcy code as well as other evidence which may shed light on Congress' intent." *Maxwell*, 186 B.R. at 818-19.

The District Court in *Maxwell* engaged in a thorough analysis of Congressional intent with respect to section 547 of the Code, which provides for the avoidance of preferential transfers. Rejecting the appellants' arguments that the use of the term "any transfer" must include any transfer, wherever made, that the "'comprehensive' nature of the Code" and the inclusion in the debtor's estate of "property, wherever located" evidence Congress' intent that the statute apply extraterritorially, and that the bankruptcy policy of promoting equality of distribution, together, dictate that section 547 apply extraterritorially, the court ruled that the appellants did not "meet their burden of demonstrating that Congress intended that § 547 apply to foreign transfers." *Id.* at 819-21. A similar examination of the materials indicating Congress' intent relating to the other provisions of the Code authorizing the rejection or avoidance of transfers or transactions leads to the same conclusion. As the *Maxwell* court observed in reaching its conclusion, "The Supreme Court has stated that [w]hen it desires to do so, Congress knows how to place the high seas within the jurisdictional reach of a statute." *Id.* at 820 (quoting *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, 440 (1989)). As Congress expressed no clear desire that the rejection or avoidance provisions of the Code be applied outside the U.S., it is safe to conclude that the courts will not do so.



But the principle that the bankruptcy avoidance powers will not be applied extraterritorially still begs the question of when a transfer or transaction should be considered to have taken place outside the United States. To be sure, the inquiry is decidedly not simply whether a transfer was made outside the United States, for

such a limited conception of "transfer" for purposes of an extraterritoriality analysis would have potentially dangerous implications for the future application of § 547: a creditor—be it foreign or domestic—who wished to characterize a transfer as extraterritorial could simply arrange to have the transfer made overseas, a result made all too easy in the age of the multinational company and information superhighway.

*In re Maxwell Communications Corp.*, 186 B.R. at 816. Rather, all components of the transaction being scrutinized must be considered, including the location of the preliminary discussions, the location of the signing of the documents, the jurisdiction in which the relationship between the parties to the transaction is centered, the source of the funds or other property transferred, and the residences or places of organization of the parties. *Id.* at 817. Only upon scrutinizing all such factors can a court determine whether a debtor's use of the avoidance provisions of the Bankruptcy Code is not extraterritorial, i.e., that "the center of gravity of the transaction is in the U.S." *In re Maxwell Communication Corp.*, 170 B.R. 800, 812 (Bankr. S.D.N.Y. 1994).

In determining that the claimant's action in *Maxwell* to avoid preferential transfers could not be sustained under section 547 of the Code, the bankruptcy court and, on appeal, the district court and the court of appeals, all concluded that the center of gravity of the transactions being scrutinized was in England. Among the connections to England of particular importance to the courts' conclusions were (1) most of the debtor's creditors, including the beneficiaries of the transfers, were British, (2) the debtor was incorporated under the laws of England, (3) the debtor was controlled by British nationals, (4) the US\$30 million transfer at issue originated from an account in London, (4) the credit transactions between the transferees and the debtor resulted from negotiations which took place and were mainly administered in England, and (5) English law governed the resolution of disputes arising under the transaction documents. Indeed, the only connection between the transactions at issue and the United States was the circumstance that some of the money transferred constituted the proceeds of the sale of a subsidiary of the debtor located in the U.S. *Maxwell Communication Corp. v. Societe Generale*, 93 F.3d 1037, 1051 (2d Cir. 1996).<sup>4</sup> See also *In re Maxwell Communications Corp.*, 170 B.R. 812.

---

4. The reasoning of the court of appeals, while similar to the reasoning employed by the lower courts in their decisions that the transactions at issue, being extraterritorial,



In the case of *In re Axona International Credit & Commerce Limited*, 88 B.R. 597 (Bankr. S.D.N.Y. 1988), the liquidators of Axona, a foreign corporation, commenced a full bankruptcy case under the Bankruptcy Code rather than an ancillary proceeding in order, among other things, to utilize the trustee's avoiding powers under the Code and to enjoy the benefit of the automatic stay. *Id.* Following his commencement of adversary proceedings against Chemical Bank under 11 U.S.C. §§ 542, 547 and 553, the trustee ultimately entered into a settlement agreement with the bank providing for the bank to pay to the trustee \$2,770,000, subject to "Chemical's right to contest the jurisdiction of this Court to administer Axona's U.S. bankruptcy case." *Id.* at 601.

Chemical Bank then challenged the trustee's right to seek a recovery from the bank through the use of the avoiding powers granted under the Code. The bank argued that

it is fundamentally unfair to allow the Liquidators to take advantage of U.S. law to invalidate the November 1982 transaction which is alleged to have been "inherently a Hong Kong transaction." Chemical, a U.S. entity, asserts that it could not reasonably anticipate U.S. law would apply. In Chemical's view this unfairness is exacerbated because Chemical believes the November 1982 transaction would not be avoidable under Hong Kong law.

*Id.* at 603-04. Chemical Bank further argued that comity prevented "the use of the Code's avoiding powers for the benefit of foreign creditors where the transaction could not be avoided under applicable foreign law." *Id.* at 608. While acknowledging that comity is one of six factors to be considered under section 304(c) of the Bankruptcy Code, perhaps the most significant, *id.* at 609, the court nevertheless declined to consider whether the transaction could or could not be avoided under applicable foreign law and sustained the avoidance of the transfer to Chemical Bank. *Id.* at 613.

In reaching his conclusions in *Axona*, Bankruptcy Judge Lifland observed that Chemical Bank's arguments were "flawed." *Id.* at 611.

Chemical, a New York entity, not only had a longstanding relationship with Axona, but also involved its New York branch office in the November 1982 restructuring. However, notwithstanding this New York involvement,

---

could not be avoided under U.S. law, was actually undertaken in connection with its decision that comity precluded the application of the avoidance provisions of the Code to "transfers in which England's interest has primacy." *Maxwell Communication Corp. v. Societe Generale*, 93 F.3d at 1055 (2d Cir. 1996).



Chemical argues it is unfair that the Liquidators came to Chemical's home to undo the 1982 transaction. Generally, cases in this area involve a U.S. entity's challenge to the use of foreign law in such situations, which may be the reason Chemical can find no authority for its challenge.

*Id.* at 612. The court concluded that Congress "endeavored to establish a statutory scheme that could provide a foreign representative with the flexibility required to confront the multitude of situations that could arise in an unfolding international case," and observed that "in a case under § 303 a trustee or debtor-in-possession has the unquestionable power to utilize the provisions of the Code to avoid preferential or fraudulent dispositions of property." *Id.* at 607.

Although the court determined that comity as well as the other factors set forth in former section 304(c) of the Code warranted turnover of Axona's assets to the foreign representative for administration in the Hong Kong proceeding, *id.* at 613, the court permitted the bankruptcy case to remain pending in order to permit the avoidance proceedings to continue. *Id.* at 618. In making its determination, the court in Axona followed a line of cases holding that a foreign debtor may commence a case under the Bankruptcy Code, take advantage of the avoidance provisions of the Code, and then, under section 305(a) of the Code, suspend the U.S. bankruptcy case to permit its estate to be administered in a proceeding under the laws of its domicile. *Id.* at 619.

#### IV. PARALLEL CASES

Although chapter 15 of the Code is intended to work together with the laws of a foreign debtor's home jurisdiction to provide for the efficient administration of a cross-border insolvency case, it is settled that the Bankruptcy Code does not make chapter 15 the exclusive avenue available to a foreign debtor in need of judicial assistance in the United States for the administration of its estate. BAPCPA, while adding chapter 15 to the Code to deal with cases ancillary to foreign proceedings, still "retained the option of commencing a full bankruptcy case if the estate in the United States is substantial enough to require a full case for proper administration." *Cunard Steamship Company, Ltd. V. Salen Reefer Services AB*, 773 F.2d 452, 456 (2d Cir. 1985). Nevertheless, when a debtor attempts to reorganize under the laws of its domicile while at the same time commencing a full case in a bankruptcy court in the U.S., the courts of both countries may be required to show some flexibility and give due deference to the principle of comity.

Of particular concern to a foreign debtor that attempts to proceed with parallel cases in the United States and its home jurisdiction is the potential application of differing rules of priority in the two jurisdictions. When such a circumstance arises, a foreign debtor has



available at least two approaches to the situation. He may, if it serves his interest, seek to take advantage of the automatic stay under section 362 of the Code and of any of the avoidance provisions applicable to transfers or transactions that would not require the extraterritorial application of the bankruptcy laws, and then seek, under the provisions of section 305(b) of the Bankruptcy Code, to suspend all further proceedings in the U.S. case while proceeding with his reorganization under the laws of his domicile. See *In re Axona International Credit & Commerce Limited*, 88 B.R. 597 (Bankr. S.D.N.Y. 1988). However, such an approach, while technically available to a foreign debtor, may be difficult to sustain, if the priority rules to be observed in the foreign proceeding are significantly different from the rules applicable to a case in the U.S. See 11 U.S.C. § 1501(a).

Alternatively, a foreign debtor may seek to reorganize under the laws of both the United States and the laws of its home jurisdiction by requesting approval by the courts of both jurisdictions of plans (or restructuring agreements or the like, as the case may be) having substantially similar terms. Chapter 11 of the Code is ideally suited to such an approach, given the standards for confirmation set out in section 1129 of the Code and the ability of a class of creditors, by the affirmative vote of over half of its members holding at least two-thirds in amount of claims in the class (with only voting creditors being counted), to waive both the rule of absolute priority and the requirement that the plan not discriminate unfairly against the class. 11 U.S.C. §§ 1126 and 1129. An enterprising debtor may, by convincing the requisite majority of any class of creditors receiving under a plan of reorganization less than another class of creditors having equal priority, or less than another class of creditors holding claims substantially similar to their own, to accept the plan on the basis that the resulting order of priority, while not strictly in accordance with the priority rules under the Code, is compelled by the laws of the debtors' domicile and would produce a more generous distribution than would the liquidation that would inevitably follow an unsuccessful effort to reorganize. 11 U.S.C. § 1129.

Although a debtor is far more certain to achieve confirmation of his chapter 11 plan on a consensual basis than on a "cramdown" basis (i.e., under the provisions of 11 U.S.C. § 1129(b) without the acceptance of all impaired classes of creditors), a foreign debtor may still attempt to persuade a bankruptcy court, by artful drafting and legal argument, to confirm a plan on a nonconsensual basis in which the absolute priority rule is violated, if required by the priority rules governing the debtor's foreign proceeding. The debtor would need to proceed as follows:

First, place in a separate class under the plan each group of creditors which must be treated more favorably than another group whose members' claims are substantially similar to the first group's.



Second, observe the rule of absolute priority with respect to the disfavored class resulting from the foregoing with respect to all classes of creditors and equity security holders;

Third, argue to the court that the discrimination against the two or more classes of disfavored creditors under the particular circumstances is not unfair, but rather is fair on account of the inability of the debtor, as a practical matter and as a matter of the laws of the jurisdiction of its domicile, to prevent the discrimination. See *In re Chateaugay Corp.*, 155 B.R. 625 (Bankr. S.D.N.Y. 1993), *aff'd*, 177 B.R. 176 (S.D.N.Y. 1995), *aff'd*, *In re Chateaugay Corp.*, 89 F.3d 942 (2d Cir. 1996) (in which the court approved a plan providing for the payment in full of worker's compensation claims, while providing that Aetna would receive only common stock on account of its claims of equal legal status, on the grounds that its employees perceived their worker compensation benefits to be state law "entitlements" and that the benefits might be the only wage replacement that the employees would receive).

While no assurance can be given as to the outcome of such an argument, it is reasonable to expect that in a proper case a bankruptcy court may acknowledge that the flexibility required in connection with cross-border cases may dictate solutions such as the foregoing.

The likelihood of success of parallel cases may be enhanced by close cooperation between the courts of the two jurisdictions concerned. For example, in the *Maxwell* case, an examiner, appointed by the U.S. Bankruptcy Court to "harmonize" the debtor's case under chapter 11 of the Code with the debtor's administration under the British Insolvency Act of 1986, and the four administrators, appointed by the High Court of Justice in London to administer the debtor's affairs, "entered into a procedural 'Protocol' in order to coordinate their efforts." *Maxwell Communications Corp. v. Societe Generale (In re Maxwell Communications Corp.)*, 186 B.R. at 813.

The Protocol enumerates the respective powers and duties of the Joint Administrators and the Examiner and provides the basis for the "Plan of Reorganization" ("Plan") filed in U.S. bankruptcy court and the "Scheme of Arrangement" ("Scheme") filed in the High Court in England. The Plan and Scheme, which set forth the debtor's post-reorganization obligations to its creditors, are mutually interdependent documents that "constitute a single mechanism, consistent with the laws of both countries, for reorganizing MCC [i.e., the debtor]."

*Id.* Although it may not be permissible under the laws of the jurisdictions concerned with every cross-border reorganization effort, and, when legally permissible, it may not always



be feasible to adopt such a protocol, still, the procedures adopted in the *Maxwell* case may serve as an exemplary model of how cooperation between a U.S. chapter 11 and a foreign proceeding when the debtor seeks to reorganize in parallel proceedings.

## V. STAND-ALONE CASES

It would be fair to characterize the statutory scheme of the Bankruptcy Code as having generally promoted the reorganization of a foreign debtor through the mechanisms of a foreign, main proceeding in the jurisdiction of the debtor's domicile and an ancillary proceeding under chapter 15 (or, prior to BAPCPA, under former section 304) of the Code. But it would be neither fair nor accurate to characterize the Code as requiring that a foreign debtor reorganize pursuant to both a foreign and an ancillary proceeding. *Cunard Steamship v. Salen Reefer Services AB*, 773 F.2d 452, 456 (2d Cir. 1985). And while the most common alternative to a foreign proceeding and an ancillary proceeding may be parallel cases in both the debtor's domicile and in the United States, there have been from time to time cases concerning foreign debtors in which the debtors conducted their entire reorganizations in the context of only a full chapter 11 case in the United States, without a corresponding parallel case in the debtor's home jurisdiction. See, e.g., *In re Aerovias Nacionales de Colombia S.A. Avianca*, 303 B.R. 1 (Bankr. S.D.N.Y. 2003).

The unusual circumstances which led to the *Avianca* case, and could lead to other such cases, demonstrated that the debtor's highest likelihood of achieving a successful organization was under the bankruptcy laws of the United States. First, the financial difficulties which *Avianca*, known as the national airline of Colombia, was confronting, involved holders of secured notes and aircraft lessors each of which was either a U.S. company or was otherwise subject to jurisdiction in the United States, but not necessarily subject to jurisdiction in Colombia. Second, the Colombian law closest to chapter 11, i.e. Law 550 of 1999, was relatively new and untested, and neither the courts nor practitioners had experience in applying that law to a complex reorganization case. In addition, Law 550 had no provision for the rejection of burdensome contracts or unexpired leases. *Id.* at 10.

Of course, *Avianca* faced the same challenges that domestic debtors with property located outside the U.S. or creditors outside the jurisdiction of the U.S. face routinely.

Nevertheless, debtors frequently conclude workouts with their creditors without exerting direct judicial power over their creditors by means of a court filing. A flat rule that a foreign debtor could not maintain a proceeding in this Court without a parallel proceeding abroad would unduly constrict



the ability of debtors to reorganize outside of a formal filing, which is usually encouraged.

*Id.* at 17. At the same time, any foreign debtor that chooses to adopt the strategy of reorganizing solely under chapter 11 will be compelled, like Avianca, to manage its relationships with foreign creditors in one of two ways: either by negotiations in which the foreign creditor is persuaded to forbear voluntarily during the case and later to agree to abide by the terms of the plan of reorganization, or by negotiations with its other creditors whereby the debtor is permitted, either by court order during the case, or by all classes of impaired creditors' accepting a plan that might not be capable of confirmation under the "cramdown" provisions of section 1129(b) of the Code by reason of failure to observe the rule of absolute priority or by reason of unfair discrimination.

Such a foreign debtor may also, if unable to negotiate a consensual plan that, in the view of its U.S. creditors does not unduly favor foreign creditors, make the arguments discussed above in the section captioned "Parallel Cases" that a plan that may discriminate against U.S. creditors in certain ways does not necessarily "unfairly" discriminate against such creditors. Finally, a foreign debtor who commences a chapter 11 case with the idea that it will be able to reorganize without the assistance of a main proceeding in its home jurisdiction may find that it is not in fact able to manage its foreign creditors in a manner that is acceptable either to its own business needs or to the creditors or court involved in the U.S. case. Under such circumstances, generally the debtor may then take advantage of the laws of its home jurisdiction and proceed as do debtors who begin the process with parallel cases.

## CONCLUSION

The Bankruptcy Code provides a range of options for the foreign creditor in financial duress with significant contacts with the United States. Its options are not, as demonstrated above, limited to the commencement of a bankruptcy or insolvency case in the jurisdiction of the center of its main interests or home jurisdiction and an ancillary case under chapter 15 of the Code. Rather, it may elect to seek reorganization in a full case under chapter 11 of the Code, either in cooperation with a main proceeding at home or without a main proceeding at home. Neither is a course for the timid, but, under proper circumstances, the Code provides "the flexibility required to confront the multitude of situations that could arise in an unfolding international case." *In re Axona International Credit & Commerce Limited*, 88 B.R. at, 607. 1988).



# New Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code

## **Ancillary and Other-Cross Border Cases**

---

Ronald E. Barad

---

Smith, Gambrell & Russell, LLP, Promenade II, Suite 3100, 1230 Peachtree Street,  
NE, Atlanta, Georgia 30309. Telephone: (404)815-3573.  
Facsimile: (404)685-6873. E-mail: rbarab@sgrlaw.com

The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 ("BAPCPA"), which was signed into law on April 20, 2005, and, in the case of most provisions, became effective on October 17, 2005, among other things, repealed section 304 (Cases ancillary to foreign proceedings) of Title 11 of the United States Code (the "Bankruptcy Code," the "Code" or "11 U.S.C.") in favor of an entire new chapter, designated chapter 15 (Ancillary and Other Cross-Border Cases). Given that former section 304 of the Code was designed and generally interpreted to invoke the protections and provisions of the Bankruptcy Code in a limited way and with an emphasis on comity, this new chapter of the Code may not result in any sweeping change in the adjudication of ancillary proceedings in the United States. As with many of the changes to the Code promulgated by BAPCPA, it is still too early for a complete assessment.

### I. THE UNCITRAL MODEL LAW

In May 1997, the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL") adopted its Model Law on Cross-Border Insolvency (the "Model Law"). As stated in the preamble to the Model Law, the purpose is to

provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency so as to promote the objectives of:

- (a) cooperation between the courts and other competent authorities of the State and foreign States involved in cases of cross-border insolvency;
- (b) greater legal certainty for trade and investment;



- (c) fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interest of all creditors and other interested persons, including the debtor;
- (d) protection and maximization of the value of the debtor's assets; and
- (e) facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment.

11 U.S.C. § 1501 (a). The intent of the drafters of the Model Law was to provide a procedural framework which could be adapted easily to each adopting jurisdiction's existing insolvency laws. The Model Law is not intended to be substantive change to a country's insolvency laws. Rather, it provides a procedural vehicle for cooperation among courts of different countries.

So far, the Model Law has been adopted in Eritrea, Japan, Mexico, Poland, Romania, South Africa, Serbia, Montenegro, British Virgin Islands, and, most recently, the United States of America. It has also been enacted but not yet put into effect in the United Kingdom.

## II. PRACTICE AND PROCEDURE UNDER CHAPTER 15

New chapter 15 of the Bankruptcy Code adopts, in large measure, the Model Law and expressly directs U.S. bankruptcy courts interpreting chapter 15 to "consider its international origin, and the need to promote an application of this chapter that is consistent with the application of similar statutes adopted by foreign jurisdictions" and to "cooperate to the maximum extent possible" with foreign courts and foreign representatives. 11 U.S.C. §§ 1501(a), 1508 and 1525(a).

### A. Recognition of Foreign Insolvency Proceedings

#### 1. Commencement of a Case Under Chapter 15

A case under Chapter 15 is commenced by the filing by a foreign representative of a petition for "recognition" of a foreign proceeding, together with a statement identifying the pending foreign proceeding(s), evidence of its commencement and the evidence of the appointment of the foreign representative. 11 U.S.C. §§ 1504 and 1515. The filing of a recognition petition does not subject the foreign representative to the jurisdiction of any U.S. court for any other purpose. 11 U.S.C. § 1510. The foreign representative is required to prove his or her credentials as a qualified foreign representative by presenting: (a) a certified copy of the decision commencing the insolvency case in the foreign jurisdiction and appointing the representative; (b) a certificate from the tribunal in the



foreign jurisdiction affirming the existence of the insolvency case there and his or her appointment as a representative of that estate; or (c) some other evidence acceptable to the court of the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative. 11 U.S.C. § 1515(b).

Chapter 15 requires a U.S. bankruptcy court to issue an order recognizing a foreign proceeding as a foreign main proceeding if it is pending in the country where the center of the debtor's main interests is located. 11 U.S.C. § 1517(b)(2). A foreign main proceeding is defined in section 1502(4) of the Code as, "a foreign proceeding pending in the country where the debtor has the center of its main interests. . . ." 11 U.S.C. § 1502(4). The debtor's center of main interests is presumed to be where its registered office is located. 11 U.S.C. § 1516(c).

## 2. *Relief Available Between Filing and Recognition of Foreign Proceeding*

Prior to entry of an order of recognition of a foreign main proceeding, relief may be granted in conjunction with the filing of the recognition petition, although such relief is limited to that which is "urgently needed," such as: (i) a stay of execution against the debtor's assets; (ii) turnover to the foreign representative or other person authorized by the court with responsibility for administering or realizing on the debtor's assets for the purpose of protecting and preserving depreciating assets (Bankruptcy Code § 1104(d) (appointment of disinterested person as trustee or examiner) applies in Chapter 15; see 11 U.S.C. § 1522(d)); (iii) freezing the debtor's assets; (iv) discovery and (v) certain other relief available to a trustee. 11 U.S.C. § 1519(a). The standard for a grant of relief under § 1519 is an injunction standard.<sup>1</sup> 11 U.S.C. § 1519(e). In addition, such relief must be denied where it would interfere with a foreign main proceeding and terminates when the recognition petition is granted. 11 U.S.C. §§ 1519(b) and (c). Lastly, such relief terminates once the recognition petition is granted unless the foreign representative seeks and obtains post-recognition relief. 11 U.S.C. § 1507.

## 3. *Additional Relief Available Upon Recognition*

The effect of entry of an order recognizing a foreign main proceeding is substantial. If a petition for recognition is granted, the foreign representative (i) is entitled to comity or cooperation by the United States court; (ii) may, in the case of a foreign main proceeding, commence a voluntary case if the foreign proceeding is a foreign main proceeding or

1. Section 1519(d) specifically precludes injunctive against police and regulatory action, provided such relief may still be granted under § 105 of the Bankruptcy Code.



an involuntary case under Bankruptcy Code §§ 301, 302 or 303; (iii) is deemed a party in interest in any case pending against the debtor under Title 11; (iv) may sue and be sued in the United States; (v) may apply directly to a U.S. court for appropriate relief, and (vi) may intervene in any state or federal court proceeding where the debtor is a party. 11 U.S.C. §§ 1509<sup>2</sup>, 1511, 1512, 1524. Upon the recognition of a foreign main proceeding, (i) Bankruptcy Code §§ 361 (adequate protection) and 362 (automatic stay) apply to any property of the debtor located in the U.S.; (ii) Code §§ 363 (sale or use of property), 549 (post-petition transfers) and 552 (liens on after-acquired property) apply to transfers of property of the debtor in the U.S.; and (iii) the foreign representative is empowered to operate the debtor and take action under Code §§ 363 and 552. 11 U.S.C. § 1520.

#### 4. *Additional Relief Available Post-Recognition*

If recognition is granted, the foreign representative may seek "additional assistance" from the bankruptcy court, including (i) a stay of any action or proceeding; (ii) a stay of execution against the debtor's assets; (iii) suspension of the right to transfer, encumber or dispose of any assets; (iv) discovery; (v) turnover of the administration or realization of the debtor's assets to the foreign representative or other authorized person; (vi) extension of any relief previously granted under Bankruptcy Code § 1519; (vii) certain other relief available to a trustee and (viii) authorization to distribute the debtor's assets, provided that the interests of creditors in the United States are sufficiently protected. 11 U.S.C. §§ 1507, 1521(a) and (b). In granting relief under § 1521 with respect to a foreign nonmain proceeding, "the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of the United States, should be administered in the foreign nonmain proceeding or concerns information required in that proceeding." 11 U.S.C. § 1521(c).

In determining whether to provide such assistance, the court must "consider whether such additional assistance, consistent with principles of comity," is also consistent with the principles listed in former Bankruptcy Code § 304, including just treatment of holders of claims, protection of U.S. creditors from prejudice and the inconvenience of prosecuting claims in a foreign proceeding, prevention of fraudulent and preferential transfers,

2. Bankruptcy Code § 1509 requires the foreign representative to file a petition for recognition in the bankruptcy court and have the petition for recognition accepted prior to proceeding to a state or other federal court, a variation of the Model Law which states that a foreign representative could go "directly" to a court in a country that has enacted the Model Law. Section 1509(e) provides an exception which allows for suits involving collections of claims, primarily accounts receivable collection, to proceed in courts other than the bankruptcy court without an order granting recognition. 11 U.S.C. § 1509.



distributions substantially in accordance with the priorities prescribed by the Bankruptcy Code, and the debtor's opportunity for a fresh start. 11 U.S.C. § 1507(b).

## B. Voluntary Petitions in the U.S. By Foreign Debtors

### 1. Who May Be a Debtor Under Chapter 15

Under the old § 304 of the Code, courts held the debtor-eligibility requirements of Bankruptcy Code §109 inapplicable to ancillary cases involving foreign debtors. See, e.g., *In re Goerg*, 844 F.2d 1562, 1568 (11th Cir. 1988), cert. denied sub nom., *Parungao v. Goerg*, 488 U.S. 1034 (1989); *In re Saleh*, 175 B.R. 422, 425 (Bankr. S.D. Fla. 1994); *In re Brierley*, 145 B.R. 151, 159 (Bankr. S.D.N.Y. 1992). In a change from pre-BAPCPA law, chapter 15 specifically applies to (i) a foreign court or representative seeking assistance in the United States in connection with a foreign proceeding, (ii) an entity seeking assistance in a foreign country with respect to a case under Title 11, (iii) concurrently pending foreign and Title 11 cases and (iv) creditors or "other interested persons" in a foreign country who wish to commence or participate in a case under the Bankruptcy Code. 11 U.S.C. § 1501(b). Chapter 15 expressly does not apply to entities prohibited from being debtors under amended Code § 109(b).<sup>3</sup> 11 U.S.C. § 1501(c).

### 2. Venue

Under the pre-BAPCPA version of 28 U.S.C. § 1410, venue was based on the relief sought and was proper in the district where, for example, an action which the foreign representative sought to enjoin was pending. Under chapter 15, however, venue is proper (i) in the district where the foreign debtor's principal assets or principal place of business in the United States are located; or (ii) if none, in the district where an action in state or federal court is pending against the foreign debtor; or (iii) in the absence of such an action, in a district "consistent with the interests of justice and the convenience of the

---

3. Certain organizations such as railroads, regulated financial institutions and domestic insurance companies are unable to seek protection under the Bankruptcy Code and are subsequently excluded from Chapter 15. Most significantly, Chapter 15 excludes ordinary consumers that meet some of the eligibility requirements to file under Chapter 13 of the Bankruptcy Code, the chapter used by most individuals seeking reorganization of their debts. To be eligible for protection under Chapter 13, individuals must have regular income and have less than USD\$290,525 in unsecured debt and \$871,550 in secured debt. The exclusion under Chapter 15 eliminates the requirement of regular income but adds a requirement that the debtor be a citizen or long-term resident of the United States.



parties, having regard to the relief sought by the foreign representative." 28 U.S.C. § 1410.

Having dispensed with the specific references to the relief sought by the foreign representative in favor of references to the foreign debtor's presence in the U.S., the revised venue provisions appear to permit forum shopping for foreign debtors who have no or limited assets in the United States and who are able to create a basis for filing in a particular district by depositing assets in that district pre-filing.

### 3. Availability of Involuntary Relief in the U.S. Against Foreign Debtors

A "foreign representative of the estate in a foreign proceeding" may commence an involuntary case pursuant to Bankruptcy Code § 303(b)(4). Recognition of a foreign main proceeding under chapter 15 constitutes proof that the foreign debtor is insolvent for purposes of Bankruptcy Code § 303. 11 U.S.C. § 1531. Section 303 was not amended by BAPCPA in any way that would prevent the commencement of an involuntary case against a foreign debtor in the U.S. so long as the other requirements of the Code are met. 11 U.S.C. § 1511.

### 4. Extraterritorial Reach of Bankruptcy Code

If a foreign debtor meets the eligibility requirements of Bankruptcy Code § 109, it may commence a plenary case in the United States pursuant to Bankruptcy Code § 301. In such a case, and in the absence of a pending foreign proceeding, the automatic stay and all of the other rights and protections available under the Bankruptcy Code will apply to the foreign debtor and property of the estate "wherever located," and U.S. bankruptcy courts may issue orders with respect to such property. 11 U.S.C. § 541(a); *Hong Kong and Shanghai Banking Corp., Ltd. v. Simon*, (*In re Simon*), 153 F.3d 991 (9th Cir. 1998), cert. denied, 525 U.S. 1141 (1999); *In re Yukos Oil Co.*, 320 B.R. 130 (Bankr. S.D. Tex. 2004). Although there are no statutory restrictions, practical limitations may exist. See *In re Yukos Oil Co.*, 321 B.R., 410-11 (dismissing case based on inability to grant relief due to lack of participation of Russian government, questionable exercise of U.S. jurisdiction and proceedings pending in other countries).

In the event that a foreign proceeding is pending, the foreign representative has the ability to commence a plenary case in the United States, but the "effects of such case shall be restricted to the assets of the debtor that are within the territorial jurisdiction of the United States and, to the extent necessary to implement cooperation and coordination . . . to other assets of the debtor that are within the jurisdiction of the court under sections 541(a) of this title, and 1334(e) of title 28, to the extent that such other assets are not subject to the jurisdiction and control of a foreign proceeding that has been recognized



under this chapter.” 11 U.S.C. § 1528. Similarly, the automatic stay and other provisions applicable in foreign main proceedings are limited to assets located in the United States. 11 U.S.C. § 1520(a). Thus, rather than leave it to the U.S. and foreign courts presiding over concurrent plenary proceedings to determine which laws to apply to particular assets, the drafters of chapter 15 have expressly limited the reach of the U.S. Bankruptcy Code in such situations.

## 5. *Recognition and Enforcement in the U.S. of Orders and Judgments of Foreign Courts*

As discussed above, additional relief is available to a foreign representative pursuant to Bankruptcy Code §§ 1519 and 1521 if such relief is consistent with the principles enunciated under former Code § 304, including the doctrine of comity, pursuant to which courts in different jurisdictions seek to avoid interfering with one another. The principles of coordination and cooperation upon which chapter 15 is founded make clear that the emphasis on cooperation is key to the interpretation of all of its provisions and should be considered in connection with all issues arising in ancillary proceedings. See 11 U.S.C. §§ 1501, 1508, 1525, 1526 and 1529.

Cooperation is not, however, synonymous with comity, which suggests generally that U.S. courts should recognize and enforce orders and judgments of foreign courts provided that such foreign courts acted with at least a minimum of due process. See *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 141 (1895); *Cunard Steamship Co. v. Salen Reefer Servs. AB*, 773 F.2d 452, 457 (2d Cir. 1985).

In this regard, chapter 15 does contain limits, including § 1503, which provides that in the event of a conflict between chapter 15 and a treaty or agreement with another country, the treaty or agreement will control. 11 U.S.C. § 1503. In addition, relief under §§ 1519 and 1521 cannot be used to enjoin a police or regulatory act of a governmental unit or to stay rights not subject to the automatic stay under Bankruptcy Code §§ 362(b)(6), (7), (17) or (27) or 362(n), and courts may refuse to act under chapter 15 if to do so would “be manifestly contrary to the public policy of the United States.” 11 U.S.C. § 1506. Further, under certain pre-BAPCPA case law, limits were placed on comity in cases where the rules of the foreign proceeding were inconsistent with the Bankruptcy Code in a manner deemed prejudicial to U.S. creditors. See, e.g., *Bank of New York v. Treco (In re Treco)*, 240 F.3d 148 (2d Cir. 2001).

Since these rules, though now codified, are not new, and since case law under the former Code § 304 is likely to continue to be relevant in Chapter 15 cases, it is unclear whether chapter 15 has significantly expanded the likelihood of the enforceability of orders and judgments of foreign courts.



## 6. *Rights of Foreign Creditors in U.S. Case*

The rights of foreign creditors are now recognized under §§ 1513 and 1514 and include: (i) "the same rights regarding the commencement of, and participation in, a case under this title as domestic creditors;" (ii) protection against the reclassification of foreign creditor priority claims under Code §§ 507 or 726 to a priority lower than general unsecured claims solely because the holder of such claim is a foreign creditor; (iii) notices that must be given to creditors generally; (iv) individual notice unless the court otherwise directs; (v) information regarding the mechanism and timing for filing proofs of claim and (vi) reasonable additional time to file proofs of claim. 11 U.S.C. §§ 1513 and 1514.

## III. CHANGES FROM FORMER BANKRUPTCY CODE SECTION 304

The philosophy of former Bankruptcy Code § 304 was deference to the country where the main insolvency case was located and flexible cooperation in administration of assets. See *In re Simon*, 153 F.3d at 998. Section 304 was designed to operate in aid of a main case abroad. See *Interpool, Ltd. v. Certain Freights of the M/VS Venture Star*, 878 F.2d 111, 112 (3d Cir. 1989). One of the most important changes introduced by chapter 15 is a mandate that the court cooperate "to the maximum extent possible" with a foreign court or representative, either directly or through any domestic trustee. See § 1525(a). The court is authorized to communicate directly with, or to request information or assistance directly from, a foreign court or a foreign representative, subject to the rights of a party in interest to notice and participation. See § 1525(b). Equally, chapter 15 imposes on a domestic trustee the same obligations of communication and cooperation. See §§ 1526 and 1527 (describing various appropriate forms of cooperation between courts).

The consequences of an order recognizing a foreign main proceeding are considerable. Most dramatically, the U.S. automatic stay of § 362 applies immediately with respect to the debtor and property of the debtor that is located within the territorial jurisdiction of the United States. 11 U.S.C. § 1520(a)(1). This is a major change from the law under § 304, which required a court order for the imposition of a stay on domestic creditor collection action. 11 U.S.C. § 304(b)(1). An automatic stay arising under domestic law in the country where the main proceeding is filed may also apply in the United States. Furthermore, under chapter 15, § 363 of the Code (governing sale, use or lease of property of the estate), § 549 (regulating postpetition transactions) and § 552 of the Code (determining the effect of postpetition security interests) apply to any transfer of an interest of the debtor in property within the territorial jurisdiction of the United States to the same extent that the sections would apply to property of a domestic bankruptcy



estate. 11 § U.S.C.1520(a)(2). Finally, unless the court orders otherwise, the foreign representative may operate the debtor's business and may exercise the rights and powers of a trustee under and to the extent provided by § 363 and § 552. See § 1520(a)(3). In addition to the automatic effects of the recognition of a foreign main proceeding provided by § 1520 of the Code, § 1521 of the Code authorizes a number of other modes of relief that the court may grant upon the request of the foreign representative. 11 U.S.C. § 1521.

Former § 304(b)(2) of the Code authorized Bankruptcy Courts to order the turnover of property of a foreign bankruptcy estate, or the proceeds of such property, to a foreign representative. In determining whether to grant such relief, § 304(c) instructed:

the court shall be guided by what will best assure an economical and expeditious administration of such estate, consistent with —

- (1) just treatment of all holders of claims against or interests in such estate;
- (2) protection of claim holders in the United States against prejudice and inconvenience in the processing of claims in such foreign proceeding;
- (3) prevention of preferential or fraudulent dispositions of property of such estate;
- (4) distribution of proceeds of such estate substantially in accordance with the order prescribed by this title;
- (5) comity; and
- (6) if appropriate, the provision of an opportunity for a fresh start for the individual that such foreign proceeding concerns.

11 U.S.C. § 304(c)(amended 2005). This section articulated congressional policy to recognize the primary interests of a foreign proceeding to administer property involved in that proceeding, wherever it may be located. See *A.P. Esteve Sales, Inc. v. Manning* (*In re Manning*), 236 B.R. 14, 20 (9<sup>th</sup> Cir. BAP 1999).

Unlike section 304, where all relief has been dependent on court approval based on satisfaction of a statutory list of criteria, chapter 15 provides that upon recognition of a foreign proceeding as a foreign main proceeding, certain provisions of the Bankruptcy



Code become mandatory. For example, the automatic stay and the adequate protection provisions apply as well as the debtor's powers under sections 363 and 542. If the foreign proceeding is not recognized as a main proceeding, discretionary relief may be available to protect assets of the debtor and the estate. In addition, a foreign representative of a foreign main proceeding will be authorized to continue the operation of a debtor's business in the ordinary course.

Although its powers were less clearly articulated under § 304 of the Code, a bankruptcy court was given broad discretion in fashioning an appropriate remedy in a § 304 case. See, e.g., *In re Treco*, 240 F.3d at 154-55; *Koreag, Controle et Revision S.A. v. Refco F/X Associates (In re Koreag, Controle et Revision S.A.)*, 961 F.2d 341, 348 (2d Cir. 1992). The court was required to exercise this discretion in light of all of the circumstances of each individual case to prevent the piecemeal distribution of assets in the United States by means of legal proceedings initiated in domestic courts by local creditors. See *Treco*, 240 F.3d at 156; *Koreag*, 961 F.2d at 348; *Victrix S.S. Co. v. Salen Dry Cargo A.B.*, 825 F.2d 709, 713-14 (2d Cir. 1987); *Cunard Steamship Co. v. Salen Reefer Servs. AB*, 773 F.2d at 454-55.

The filing of a case under § 304 of the Code did not create a bankruptcy estate under U.S. law. See, e.g., *In re Schimmelpenninck*, 183 F.3d 347, 351 (5th Cir. 1999); *Vesta Fire Ins. Corp. v. New Cap Reinsurance Corp.*, 244 B.R. 209, 213 (S.D.N.Y. 2000). See generally SAMUEL L. BUFFORD ET AL., INTERNATIONAL INSOLVENCY 29-31 (2001). The estate of a foreign debtor, for the purposes of § 304, was created and defined by the law of the jurisdiction in which the foreign case is pending. See, e.g., *Koreag*, 961 F.2d at 348; *Aranha v. Eagle Fund, Ltd. (In re Thornhill Global Deposit Fund, Inc.)*, 245 B.R. 1, 10 (Bankr. D. Mass. 2000).

## CONCLUSION

Although it is, in many respects, a codification of existing law as it had developed under former Bankruptcy Code § 304, chapter 15 does contain new provisions which make further significant changes in the practice with respect to ancillary proceedings. The two-step process for obtaining recognition and pre- and post-recognition relief could arguably give creditors two opportunities to examine and challenge such relief in ancillary proceedings. In addition, the applicability of the automatic stay and other provisions with respect to asset sales and transfers in connection with foreign main proceedings represents a significant change in practice. Nevertheless, only time will tell whether the efforts, both in the U.S. and internationally, to achieve the enactment of chapter 15 in the U.S. will prove to have made a momentous impact on the administration of cross-border insolvency cases.



# Uncitral legislative guide on insolvency law

Jenny Clift

Senior Legal Officer and Head, Technical Assistance  
and Coordination United Nations Office of Legal Affairs.



## I. BACKGROUND PAPER

In 1992, UNCITRAL held a congress under the title of "Uniform Commercial Law in the 21st Century" to consider what had been accomplished in the harmonization of international trade law in the past 25 years and, more importantly, to identify what was needed for the next 25 years. While UNCITRAL had not undertaken any work in the area of insolvency law, it was proposed as an area of possible future work. However, there were reservations. One participant was of the view that:

"... it is not practical to think of harmonising the bankruptcy laws of .. different jurisdictions: in the evolution of international law we are simply too far away from any time when we could expect countries to have similar bankruptcy laws in an effort to stimulate international trade. ... in the area of international bankruptcy, we can reduce the problem to a much more manageable level ..." (Professor Carl Felsenfeld).

The difficulties adverted to led to the search for an area of insolvency law where results could be achieved. At the time, there was growing interest in cross-border insolvency issues as a result of an increasing caseload of insolvencies involving international aspects. The absence of a formal framework within which issues of coordination and cooperation could be addressed pointed to an area of possible work for UNCITRAL and in 1997, UNCITRAL adopted the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, most recently adopted by the United States as chapter 15 of the Bankruptcy Code.

The various financial crises of the 1990's exposed weaknesses in the insolvency and debtor-creditor laws of the affected countries and in the structure of the international



financial system. The efficacy of insolvency laws and practices became a recurring theme in a number of international forums and it was increasingly recognized that there was a serious and urgent need to strengthen national insolvency regimes, not only as a means of crisis prevention but also of crisis management. A number of international groups and organizations started working on ways of improving and strengthening national insolvency regimes. What was regarded at the 1992 Congress as not possible had become, by the late 1990's, a necessity that was firmly on the international legal agenda.

## II. THE PROPOSAL

In 1999, UNCITRAL received a proposal from Australia to undertake work on harmonization of substantive insolvency law. The proposal was directed to UNCITRAL because of its successful conclusion of the Model Law on Cross-border Insolvency and because of the opportunity for wide participation and discussion afforded by UNCITRAL working methods. The focus was on corporate insolvency, based on the key principles and features identified in the April 1998 report of the G22 Working Group on International Financial Crises, with the goal of fostering and encouraging countries to adopt effective national corporate insolvency regimes.

After preliminary work in late 1999, in mid 2000, UNCITRAL gave Working Group V (Insolvency Law) a mandate to prepare a comprehensive statement of key objectives and core features for a strong insolvency, debtor-creditor regime, including out-of-court restructuring, and a legislative guide containing flexible approaches to the implementation of such objectives and features, including a discussion of the alternative approaches possible and the perceived benefits and detriments of such approaches.

To seek input from the international insolvency community on the key objectives and core features of an insolvency regime to be addressed in a legislative guide, an international colloquium, organized in conjunction with INSOL International and the International Bar Association, was held in December 2000. Over 150 insolvency experts from the academic community, private practice, the judiciary, numerous governments and governmental organizations attended the Colloquium. At the end of the three-day period, a consensus had been reached that not only was the project appropriate, but the primary elements of an effective insolvency system had been identified with a recommendation to the UNCITRAL Commission that the project should move forward.

## III. DRAFTING THE LEGISLATIVE GUIDE

Working Group V considered the first draft of the legislative guide in July 2001 and the work developed through seven one-week meetings, the last of which took place in late



March 2004. A total of 87 States, 14 inter-governmental organizations and 13 non-governmental organizations participated in the elaboration of the text. The final negotiations on the draft legislative guide were held during the 37<sup>th</sup> annual session of UNCITRAL in New York from 14 to 21 June 2004 and the text was adopted by consensus on 25 June 2004. The United Nations General Assembly endorsed the Legislative Guide by resolution 59/40 of 2 December 2004.

In view of the common interest in the treatment of security interests in insolvency, Working Group V collaborated (and continues to do so) with UNCITRAL's Working Group VI (Security Interests), which is developing a legislative guide on secured transactions.

The key element of the entire process was the continued interaction and cooperation between countries, inter-governmental and non-governmental organizations and the Secretariat, which enabled a consensus to be reached on the substance and content of the Legislative Guide. That consensus was based on input from both civil and common law jurisdictions, different cultural and political traditions and different language groups. The process resulted in a balanced approach to the interests of debtors, creditors and equity holders in insolvency, emphasizing the importance of reorganization of existing businesses and not just effectuating a liquidation or termination of those businesses, and promoting transparency and predictability.

#### IV. GENERAL ASSEMBLY ENDORSEMENT

The General Assembly resolution endorsing the Legislative Guide provides a compelling statement of the need for the Guide, its timeliness and its fundamental purpose. It recognizes the importance of strong insolvency regimes to all countries and that it is demonstrably in the public interest to have an effective and efficient insolvency regime as a means of encouraging economic development and investment. It takes account of the growing realization that reorganization regimes are critical to corporate and economic recovery, the development of entrepreneurial activity, the preservation of employment and the availability of venture capital and notes also that the effectiveness of reorganization regimes affects the availability of finance in the capital market, with comparative analysis of such systems becoming both common and essential for lending purposes, which affects countries at all levels of economic development. The importance of social policy issues, including the interests of stakeholders in an insolvent debtor, to the design of an insolvency regime is not forgotten. Finally, it recognizes that solutions to the key economic, legal and legislative issues raised by insolvency that are negotiated internationally through a process involving a broad range of constituents will be useful both to States that do not have an effective and efficient insolvency regime and to States that are undertaking a process of review and modernization of their insolvency regimes.



The General Assembly goes on to note that the Guide contributes significantly to the establishment of a harmonized legal framework for insolvency and will be useful both to States that do not have an effective and efficient insolvency regime and to States that are undertaking a process of review and modernization of their insolvency regimes and recommends that all States give due consideration to the Guide when assessing the economic efficiency of their insolvency regimes and when revising or adopting legislation relevant to insolvency.

## V. CONTENT AND SCOPE OF THE LEGISLATIVE GUIDE ON INSOLVENCY LAW

The purpose of the Legislative Guide is to assist the establishment of an efficient and effective legal framework to address the financial difficulty of debtors. It is intended to be used as a reference by national authorities and legislative bodies when preparing new laws and regulations or reviewing the adequacy of existing laws and regulations. The advice provided in the Guide aims at achieving a balance between the need to address the debtor's financial difficulty as quickly and efficiently as possible and the interests of the various parties directly concerned with that financial difficulty, principally creditors and other parties with a stake in the debtor's business, as well as with public policy concerns. The Guide discusses issues central to the design of an effective and efficient insolvency law, which, despite numerous differences in policy and legislative treatment, are recognized in many legal systems. It focuses on insolvency proceedings commenced under the insolvency law and conducted in accordance with that law, with an emphasis on reorganization, against a debtor, whether a legal or natural person, that is engaged in economic activity. Issues specific to the insolvency of individuals not so engaged, such as consumers, are not addressed.

The Legislative Guide also discusses the increasing use and importance of other tools for addressing insolvency, specifically restructuring negotiations entered into voluntarily between a debtor and its key creditors, which are not regulated by the insolvency law. In addition to addressing the requirements of domestic insolvency laws, the Guide includes the text and Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency to facilitate consideration of cross-border insolvency issues. It should be noted, however, that a model law generally would be used differently to a legislative guide. Specifically, a model law is a legislative text recommended to States for enactment as part of national law, with or without modification. As such, model laws generally propose a comprehensive set of legislative solutions to address a particular topic and the language employed supports direct incorporation of the provisions of the model law into a national law. The focus of a legislative guide, on the other hand, is upon providing guidance to legislators and other users and for that reason guides generally include a substantial commentary discussing and analysing relevant issues. It is not intended that the recommendations of



a legislative guide be enacted as part of national law as such. Rather, they outline the core issues that it would be desirable to address in that law, with some recommendations providing specific guidance on how certain legislative provisions might be drafted.

The Legislative Guide does not provide a single set of model solutions to address the issues central to an effective and efficient insolvency law, but assists the reader to evaluate different approaches available and to choose the one most suitable in the national or local context. The first section of each chapter of the Guide contains a commentary identifying the key issues for consideration in formulating an insolvency law and discussing and analysing the various approaches adopted by insolvency laws. The second part of each chapter contains a set of recommended legislative principles that deals more specifically with the manner in which those key issues should be addressed in an insolvency law and includes both a statement of the purpose of including provisions on a particular topic in an insolvency law and an outline of the content recommended for inclusion in those provisions. These recommendations are intended to assist in the establishment of a legislative framework for insolvency that is both efficient and effective and reflects modern developments and trends in the area of insolvency. The recommendations adopt different levels of specificity, depending upon the issue in question. A number employ legislative language to detail the manner in which a particular issue should be addressed in an insolvency law, reflecting a high degree of consensus as to the particular approach to be adopted. Other recommendations identify key points to be addressed by an insolvency law with respect to a particular topic and offer possible alternative approaches, indicating the existence of different policy and procedural concerns that might need to be considered.

The user is advised to read the legislative recommendations together with the commentary, which provides detailed background information to enhance understanding of the legislative recommendations, as well as a discussion of issues not specifically included as recommendations. In view of the key importance of secured creditors to insolvency proceedings and the policy considerations associated with their treatment under an insolvency law, the user of this Legislative Guide is also encouraged to consider the work of Working Group VI (Security Interests) and, when completed, the UNCITRAL legislative guide on secured transactions.

The recommendations included in the Guide do not deal with other areas of law, although, as discussed throughout the Guide, those other laws have an impact on both the design of an insolvency law and the conduct of insolvency proceedings commenced under that law. Moreover, the successful implementation of an insolvency regime requires various measures beyond the establishment of an appropriate legislative framework, especially an adequate institutional infrastructure, organizational capacity, technical professional expertise and appropriate human and financial resources. Although these matters are discussed in the commentary, they generally are not addressed in the legislative



recommendations, except where they relate to the insolvency professional appointed to administer an insolvency estate.

## VI. KEY ISSUES

Part two of the Guide, which deals with core features of an effective and efficient insolvency law, is divided into six chapters addressing eligibility and jurisdiction; commencement criteria; treatment of assets on commencement (insolvency estate, application of a stay, use and disposition of assets); post-commencement finance; treatment of contracts; avoidance proceedings; setoff, netting and financial contracts; participants (debtor, insolvency representative, creditors); reorganization, including "expedited" reorganization; claims; priorities and distribution; and discharge.

Some of the key, and perhaps most interesting, aspects of the Guide relate to the following topics: commencement; stay; post-commencement finance; reorganization, especially expedited reorganization; and the intersection between secured transactions and insolvency. The following provides a brief introduction to each of these topics.

## VII. ELIGIBILITY AND COMMENCEMENT

The Guide recognizes that the scope of an insolvency law should be as wide as possible and cover all debtors engaged in commercial activities. It also recognizes that there may be a need for a different regime for specially regulated entities, such as banks, and insurance companies, whether by way of a separate insolvency regime or special rules in the general insolvency law. The inclusion of SOE's may be controversial for some countries, but the general view is that where they operate as commercial entities, they should be subject to the same insolvency law as other commercial entities.

Both debtors and creditors should be able to make application for commencement of insolvency proceedings, whether liquidation or reorganization. Although the Guide recognizes that the test for a debtor application may need to be slightly different to that for a creditor application - particularly as regards imminent insolvency - essentially the two tests are the same.

**The recommendations on eligibility are as follows:**

**Recommendations 8-13**

**Purpose of legislative provisions**



*The purpose of provisions on eligibility and jurisdiction is to establish:*

- (a) The types of debtors that are subject to the insolvency law;
- (b) The types of debtors that may be excluded from the insolvency law;
- (c) The debtors that have sufficient connection to a State to be subject to the insolvency law; and
- (d) The courts that have jurisdiction over the commencement and conduct of insolvency proceedings.

## Contents of legislative provisions

### Eligibility

- (8) The insolvency law should govern insolvency proceedings against all debtors that engage in economic activities, whether natural or legal persons, including State-owned enterprises,<sup>1</sup> and whether or not those economic activities are conducted for profit.
- (9) Exclusions from the application of the insolvency law should be limited and clearly identified in the insolvency law.<sup>2</sup>

### Jurisdiction

- (10) The insolvency law should specify which debtors have sufficient connection to the State to be subject to its insolvency law. Different approaches may be taken to identifying appropriate connecting factors, but the grounds upon which a debtor can be subject to the insolvency law should include:<sup>3</sup>

- 
- 1. It is not intended that the Guide would apply to the insolvency of States, sub-national governments, municipalities and other similar types of organization, except to the extent that they are a "state-owned enterprise".
  - 2. Highly regulated organizations such as banks and insurance companies may require specialized treatment that can appropriately be provided in a separate insolvency regime or through special provisions in the general insolvency law. Some SOEs, such as those involved in sensitive sectors of the economy, might also be excluded.
  - 3. This recommendation is intended to indicate minimum and non-exclusive grounds for commencing insolvency proceedings. Other grounds, such as presence of assets, are used in some jurisdictions, but are not recommended: see above, paras. 17-18 and the Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law (annex III), paras. 184-187.



- (a) That the debtor has its centre of main interests in the State; or
  - (b) That the debtor has an establishment in the State.
- (11) The insolvency law should establish a presumption that, in the absence of proof to the contrary, a legal person's centre of main interests is in the State in which it has its registered office, and a natural person's centre of main interests is in the State in which that person has their habitual residence.
- (12) The insolvency law should define "establishment" to mean "any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services".<sup>4</sup>

### Competent courts

- (13) The insolvency law should clearly indicate (or include a reference to the relevant law which establishes) the court that has jurisdiction over the commencement and conduct of insolvency proceedings, including matters arising in the course of those proceedings.

The recommendations on commencement are as follows:

### Recommendations 14-29

#### Purpose of legislative provisions

The purpose of provisions on commencement of insolvency proceedings is to:

- (a) Facilitate access for debtors and creditors to the remedies provided by the law;
- (b) Establish commencement criteria that are transparent and certain;
- (c) Enable applications for insolvency proceedings to be made and dealt with in a speedy, efficient and cost effective manner;
- (d) Establish safeguards to protect both debtors and creditors from improper use of the application procedure; and
- (e) Establish requirements for effective notification of commencement of proceedings.

---

4. UNCITRAL Model Law, art. 2(f) (annex III).



## Contents of legislative provisions

### Commencement standard

#### - Persons permitted to apply

- (14) The insolvency law should specify the persons permitted to make an application for commencement of insolvency proceedings, which should include the debtor and any of its creditors.<sup>5</sup>

#### - Debtor application

- (15) The insolvency law should specify that insolvency proceedings can be commenced on the application of a debtor if the debtor can show either that:

- (a) It is or will be generally unable to pay its debts as they mature; or
- (b) Its liabilities exceed the value of its assets.<sup>6</sup>

#### - Creditor applications

- (16) The insolvency law should specify that insolvency proceedings can be commenced on the application of a creditor if it can be shown that either:

- (a) The debtor is generally unable to pay its debts as they mature; or
- (b) The debtor's liabilities exceed the value of its assets.

---

5. This would include a government authority that is a creditor of the debtor.

6. The intention of this recommendation and the recommendation on creditor applications is to allow legislators flexibility in developing commencement standards, based on a single or dual test approach. Where the insolvency law adopts a single test, it should be based on the debtor's inability to pay debts as they mature (cessation of payments test) and not on the balance sheet test. Where the insolvency law contains both tests (cessation of payments and balance sheet tests) proceedings can be commenced if one of the tests can be satisfied.



### Presumption that the debtor is unable to pay

- (17) The insolvency law may establish a presumption that, if the debtor fails to pay one or more of its mature debts, and the whole of the debt is not subject to a legitimate dispute or offset in an amount equal to or greater than the amount of the debt claimed, the debtor is generally unable to pay its debts.<sup>7</sup>

### Commencement on debtor application

- (18) The insolvency law should specify that where the application for commencement is made by the debtor:
- (a) The application for commencement will automatically commence the insolvency proceedings; or
  - (b) The court will promptly determine its jurisdiction and whether the debtor is eligible and the commencement standard has been met and if so, commence insolvency proceedings.

### Commencement on creditor application

- (19) The law generally should specify that, where a creditor makes the application for commencement:
- (a) Notice of the application promptly is given to the debtor;<sup>8</sup>

---

7. Where the debtor has not paid a mature debt and the creditor has obtained a judgement against the debtor in respect of that debt, there would be no need for a presumption to establish that the debtor was unable to pay its debts. The debtor could rebut the presumption by showing, for example, that it was able to pay its debts; that the debt was subject to a legitimate dispute or offset; or that the debt was not mature. The recommendations on notice of commencement provide protection for the debtor by requiring notice of the application for commencement of proceedings to be given to the debtor and providing the debtor with an opportunity to rebut the presumption.

8. Where the debtor's whereabouts is unknown and it cannot be contacted, the general law may provide relevant rules concerning the giving of notice in such circumstances.



- (b) The debtor be given the opportunity to respond to the application, by contesting the application, consenting to the application or, where the application seeks liquidation, requesting the commencement of reorganization proceedings; and
- (c) The court will promptly determine its jurisdiction and whether the debtor is eligible and the commencement standard has been met and if so, commence insolvency proceedings<sup>9</sup>

### Denial of an application to commence proceedings

- (20) The insolvency law should specify that, where the decision to commence proceedings is to be made by the court, the court may deny the application to commence and, where appropriate, impose costs or sanctions against the applicant, if it determines:
  - (a) That it does not have jurisdiction, the debtor is ineligible or does not meet the commencement standard; or
  - (b) That the application is an improper use of the law.
- (21) Where the application was made by a creditor, the insolvency law should specify that the debtor promptly be given notice of the decision to deny.

### Notice of commencement of proceedings

- (22) The insolvency law should establish procedures for giving notice of the commencement of insolvency proceedings.
  - General notice
- (23) The insolvency law should specify that the means of giving notice of the commencement of insolvency proceedings must be appropriate<sup>10</sup> to ensure

---

9. A determination that the commencement standard has been met may involve consideration of whether the debt is subject to a legitimate dispute or offset in an amount equal to or greater than the amount of the debt. The existence of such a set-off may be a ground for dismissal of the application (see above, paras. 61-63).

10. The question of what is appropriate in a particular case will also involve considerations of cost effectiveness and the insolvency law should not require, for example, expensive publication in a national newspaper, when publication in a local paper will suffice.



that the information is likely to come to the attention of parties in interest.<sup>11</sup>  
The insolvency law should specify the party responsible for giving that notice.

- Notice to creditors

- (24) The insolvency law should specify that notice of the commencement of proceedings be given to creditors individually, unless the court considers that, under the circumstances, some other form of notice would be more appropriate.<sup>12</sup>

- Content of notice

- (25) The insolvency law should specify that the notice of commencement of insolvency proceedings include:
- (a) Information concerning submission of claims, including the time and place for submission;
  - (b) The procedure and form requirements for the submission of claims;
  - (c) The consequences of failure to submit a claim in accordance with paragraphs (a) and (b); and
  - (d) Information concerning verification of claims, application of the stay and its effects, and meetings of creditors.

**Debtor with insufficient assets**

- (26) The insolvency law should specify the treatment of debtors whose assets and sources of revenue are insufficient to meet the costs of administering the insolvency proceedings. Different approaches may be taken including:
- (a) Denial of the application, except where the debtor is an individual who would be entitled to a discharge; or

---

11. General notice would generally be provided by way of making the information available in a publication such as an official government gazette, a widely circulated national, regional or local newspaper, through electronic means, or through relevant public registries.

12. The obligation to prepare the list of creditors to be given notice is dealt with under obligations of the insolvency representative and the debtor (see chapter III, paras. 23-27 and 49-51).



- (b) Commencement of the proceedings, where different mechanisms for appointment and remuneration of the insolvency representative may be available.<sup>13</sup>

### Dismissal of insolvency proceedings after commencement

- (27) The insolvency law should permit the court to dismiss proceedings if, after commencement, the court determines, for example, that:
  - (a) The proceedings constitute an improper use of the insolvency law; or
  - (b) The debtor was ineligible or did not meet the commencement standard at the time of commencement.
- (28) The insolvency law should specify that where proceedings are dismissed, the court may impose costs or sanctions, where appropriate, against the applicant for commencement of the proceedings.
- (29) The insolvency law should require notice of a decision to dismiss proceedings to be given.

## VIII. THE STAY

While many insolvency laws recognize that a protective mechanism is needed to ensure the value of the insolvency estate is not diminished by the actions of the various parties in interest, different approaches are adopted to the scope of that mechanism and the time of its application.

The Guide adopts the approach that the mechanism (referred to in the Guide as the “stay”) should be as wide as possible, applying to all remedies and proceedings against the debtor and its assets (wherever located) and restraining both secured and unsecured creditors in both liquidation and reorganization.

The Guide recommends that the stay should apply automatically on commencement of proceedings when the decision as to satisfaction of the commencement criteria has been

---

13. On mechanisms for appointment, see chapter III, paras. 44-47; on remuneration, chapter III, paras. 53-59.



made (unless the application operates to automatically commence). While this approach avoids any potential for damage to the debtor's business before commencement, especially where the proceedings are not ultimately commenced, there may be a need to protect the assets from actions by the debtor. Accordingly, the Guide provides for provisional measures between the time an application is made and the commencement of the proceedings.

The Guide also adopts the view that secured creditors should be included within the scope of the stay, again to ensure that all key assets are available to the proceedings, but subject to protections which include limiting the duration of the stay, providing for relief from the stay in certain circumstances (e.g. where the value of the encumbered asset is eroding and the secured creditor is not receiving protection for the value of its security interest; where the provision of such protection would be overly burdensome for the estate; where the encumbered asset is not needed for the reorganization or sale of the business; or where the encumbered asset is of no value to the estate).

The Guide recognizes that exceptions to application of the stay might be needed for certain financial market contracts.

The recommendations on protection of the estate are as follows:

### **Recommendations 39-51**

#### **Purpose of legislative provisions**

The purpose of provisions on the protection and preservation of the estate is to:

- (a) Establish measures to ensure the value of the estate is not diminished by the actions of the debtor, creditors or third parties;
- (b) Determine the scope of those measures and the actions and parties to which they apply;
- (c) Establish the method, time and duration of application of those measures; and
- (d) Establish the grounds for relief from those measures.

#### **Contents of legislative provisions**

#### **Provisional measures<sup>14</sup>**

---

14. These articles follow the corresponding articles of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, see Art. 19 (annex III).



- (39) The insolvency law should specify that the court may grant relief of a provisional nature, at the request of the debtor, creditors or third parties, where relief is needed to protect and preserve the value of the assets of the debtor<sup>15</sup> or the interests of creditors, between the time an application to commence insolvency proceedings is made and commencement of the proceedings,<sup>16</sup> including:
- (a) Staying execution against the assets of the debtor, including actions to make security interests effective against third parties and enforcement of security interests;
  - (b) Entrusting the administration or supervision of the debtor's business, which may include the power to use and dispose of assets in the ordinary course of business, to an insolvency representative or other person<sup>17</sup> designated by the court;
  - (c) Entrusting the realization of all or part of the assets of the debtor to an insolvency representative or other person designated by the court, in order to protect and preserve the value of assets of the debtor that, by their nature or because of other circumstances, are perishable, susceptible to devaluation or otherwise in jeopardy; and
  - (d) Any other relief of the type applicable or available on commencement of proceedings under recommendations 46 and 48.

#### Indemnification in connection with provisional measures

- (40) The insolvency law may provide the court with the power to:
- (a) Require the applicant for provisional measures to provide indemnification and, where appropriate, to pay costs or fees; or
  - (b) Impose sanctions in connection with an application for provisional measures.

15. The reference to assets in paragraphs (a) to (c) is intended to be limited to assets that would be part of the insolvency estate once proceedings commence.

16. The insolvency law should indicate the time of effect of an order for provisional measures e.g. at the time of the making of the order, retrospectively from the commencement of the day on which the order is made or some other specified time (see above, para. 44).

17. The term "other person" in recommendation 39 (b) and (c) is not intended to include the debtor.



### Balance of rights between the debtor and insolvency representative

- (41) The insolvency law should clearly specify the balance of the rights and obligations between the debtor and any insolvency representative appointed as a provisional measure. Between the time an application for commencement of insolvency proceedings is made and commencement of those proceedings, the debtor is entitled to continue to operate its business and to use and dispose of assets in the ordinary course of business, except to the extent restricted by the court.

### Notice

- (42) The insolvency law should specify that, unless the court limits or dispenses with the need to provide notice, appropriate notice be given to those parties in interest affected by:
- (a) An application or court order for provisional measures (including an application for review and modification or termination); and
  - (b) A court order for additional measures applicable on commencement, unless the court limits or dispenses with the need to provide notice.

### Ex parte provisional measures

- (43) The insolvency law should specify that, where the debtor or other party in interest affected by a provisional measure is not given notice of the application for that provisional measure, the debtor or other party in interest affected by the provisional measures has the right, upon urgent application, to be heard promptly<sup>18</sup> on whether the relief should be continued.

### Modification or termination of provisional measures

- (44) The insolvency law should specify that the court, at its own motion or at the request of the insolvency representative, the debtor, a creditor or any other person affected by the provisional measures, may review and modify or terminate those measures.

---

18. Any time limit included in the insolvency law should be short in order to prevent the loss of value of the debtor's business.



### Termination of provisional measures

- (45) The insolvency law should specify that provisional measures terminate when:
- (a) An application for commencement is denied;
  - (b) An order for provisional measures is successfully challenged under recommendation 43; and
  - (c) The measures applicable on commencement take effect, unless the court continues the effect of the provisional measures.

### Measures applicable on commencement

- (46) The insolvency law should specify that, on commencement of insolvency proceedings:<sup>19</sup>
- (a) Commencement or continuation of individual actions or proceedings<sup>20</sup> concerning the assets of the debtor, and the rights, obligations or liabilities of the debtor are stayed;
  - (b) Actions to make security interests effective against third parties and to enforce security interests are stayed;<sup>21</sup>
  - (c) Execution or other enforcement against the assets of the estate is stayed;

19. These measures would generally be effective as at the time of the making of the order for commencement.

20. 'See UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, Art. 20 (annex III). It is intended that the individual actions referred to in paragraph (a) of recommendation 46 would also cover actions before an arbitral tribunal. It may not always be possible, however, to implement the automatic stay of arbitral proceedings, such as where the arbitration does not take place in the State but in a foreign location.

21. If law other than the insolvency law permits those security interests to be made effective within certain specified time periods, it is desirable that the insolvency law recognize those periods and permit the interest to be made effective where the commencement of insolvency proceedings occurs before expiry of the specified time period. Where law other than the insolvency law does not include such time periods, the stay applicable on commencement would operate to prevent the security interest being made effective (for further discussion see above, para.32 and the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions).



- (d) The right of a counterparty to terminate any contract with the debtor is suspended;<sup>22</sup> and
- (e) The right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the estate is suspended.<sup>23</sup>

### Exceptions to the application of the stay

- (47) The insolvency law may permit exceptions to the application of the stay or suspension under recommendation 46 and, where it does so, those exceptions should be clearly stated. Paragraph (a) of recommendation 46 should not affect the right to commence individual actions or proceedings to the extent necessary to preserve a claim against the debtor.<sup>24</sup>

### Additional measures available on commencement

- (48) The insolvency law should specify that the court may grant relief additional to the measures applicable on commencement.<sup>25</sup>

### Duration of measures automatically applicable on commencement

- (49) The insolvency law should specify that the measures applicable on commencement of insolvency proceedings remain effective throughout those proceedings until:

- 
- 22. See below, paras. 114-119. This recommendation is not intended to preclude the termination of a contract if the contract provides for a termination date that happens to fall after the commencement of insolvency proceedings.
  - 23. The limitation on the right to transfer, encumber or otherwise dispose of assets of the estate may be subject to an exception in those cases where the continued operation of the business by the debtor is authorised and the debtor can transfer, encumber or otherwise dispose of assets in the ordinary course of business.
  - 24. See UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, Art. 20(3) and Guide to Enactment, paras. 151-152 (annex III). Where an issue arises as to quantification of a claim, the court may be requested to consider whether relief from the stay can be provided to enable an action or proceeding to be commenced for that purpose.
  - 25. The additional relief that may be available will depend upon the types of measures available in a particular jurisdiction and what measures, in addition to the measures applicable on commencement (such as under recommendation 46), might be appropriate in a particular insolvency proceeding.



- (a) The court grants relief from the measures;<sup>26</sup>
- (b) In reorganization proceedings, a reorganization plan becomes effective;<sup>27</sup>  
or
- (c) In the case of secured creditors in liquidation proceedings, a fixed time period specified in the law expires,<sup>28</sup> unless it is extended by the court for a further period on a showing that:
  - (i) An extension is necessary to maximize the value of assets for the benefit of creditors; and
  - (ii) The secured creditor will be protected against diminution of the value of the encumbered asset in which it has a security interest.

#### **Protection from diminution of the value of encumbered assets**

- (50) The insolvency law should specify that, upon application to the court, a secured creditor should be entitled to protection of the value of the assets in which it has a security interest. The court may grant appropriate measures of protection that may include:
  - (a) Cash payments by the estate;
  - (b) Provision of additional security interests; or
  - (c) Such other means as the court determines.

#### **Relief from measures applicable on commencement**

- (51) The insolvency law should specify that a secured creditor may request the court to grant relief from the measures applicable on commencement of insolvency proceedings on grounds that may include that:

---

26. Relief should be granted on the grounds included in recommendation 51.

27. A plan may become effective upon approval by creditors or following confirmation by the court, depending upon the requirements of the insolvency law (see chapter IV, paras. 54 and following).

28. It is intended that the stay should apply to secured creditors only for a short period of time, such as between 30 and 60 days, and that the insolvency law should clearly state the period of application.



- (a) The encumbered asset is not necessary to a prospective reorganization or sale of the debtor's business;
- (b) The value of the encumbered asset is diminishing as a result of the commencement of insolvency proceedings and the secured creditor is not protected against that diminution of value; and
- (c) In reorganization, a plan is not approved within any applicable time limits.

## IX. POST-COMMENCEMENT FINANCE

To maximise the return for all creditors, whether through liquidation or reorganization, an insolvency representative must have sufficient funds to continue to operate the business during the insolvency proceedings. The estate may have sufficient liquid assets to fund such anticipated expenses, in the form of cash or other assets that will be converted to cash (such as anticipated proceeds of receivables), which may be subject to effective security interests held by the debtor's pre-existing creditors. Where there are insufficient liquid assets or anticipated cash flow, the insolvency representative must seek financing from third parties. Often, these parties are the same suppliers and lenders that extended credit to the insolvent debtor prior to the insolvency proceedings, and typically, they will only be willing to extend the necessary credit if they receive appropriate assurance (either in the form of a priority claim on, or security rights in, the assets of the estate) that they will be repaid.

In any of these financing arrangements (referred to collectively as "post-commencement finance"), the Guide notes that the economic value of the security rights of pre-existing secured creditors should be appropriately protected, such as by periodic payments or security rights in additional assets in substitution for the assets used by the insolvency representative or encumbered in favour of a new lender.

The recommendations on post-commencement finance are as follows:

### Recommendations 63-68

#### Purpose of legislative provisions

The purpose of provisions on post-commencement finance is to:

- (a) Facilitate finance to be obtained for the continued operation or survival of the business of the debtor or the preservation or enhancement of the value of the assets of the estate;



- (b) Ensure appropriate protection for the providers of post-commencement finance; and
- (c) Ensure appropriate protection for those parties whose rights may be affected by the provision of post-commencement finance.

## Contents of legislative provisions

### Attracting and authorizing post-commencement finance

- (63) The insolvency law should facilitate and provide incentives for post-commencement finance to be obtained by the insolvency representative where the insolvency representative determines it to be necessary for the continued operation or survival of the business of the debtor or the preservation or enhancement of the value of the estate. The insolvency law may require the court to authorize or creditors to consent to the provision of post-commencement finance.

### Priority for post-commencement finance

- (64) The insolvency law should establish the priority that may be accorded to post-commencement finance, ensuring at least the payment of the post-commencement finance provider ahead of ordinary unsecured creditors, including those unsecured creditors with administrative priority.

### Security for post-commencement finance

- (65) The insolvency law should enable a security interest to be granted for repayment of post-commencement finance, including a security interest on an unencumbered asset, including an after-acquired asset, or a junior or lower priority security interest on an already encumbered asset of the estate.
- (66) The law<sup>29</sup> should specify that a security interest over the assets of the estate to secure post-commencement finance does not have priority ahead of any existing security interest over the same assets unless the insolvency representative obtains the agreement of the existing secured creditor(s) or follows the procedure in recommendation 67.

---

29. This rule may be in a law other than the insolvency law, in which case the insolvency law should note the existence of the provision.



(67) The insolvency law should specify that, where the existing secured creditor does not agree, the court may authorize the creation of a security interest having priority over pre-existing security interests provided specified conditions are satisfied, including:

- (a) The existing secured creditor was given the opportunity to be heard by the court;
- (b) The debtor can prove that it cannot obtain the finance in any other way; and
- (c) The interests of the existing secured creditor will be protected.

#### Effect of conversion on post-commencement finance

(68) The insolvency law should specify that where reorganization proceedings are converted to liquidation, any priority accorded to post-commencement finance in the reorganization should continue to be recognized in the liquidation.

## X. EXPEDITED REORGANIZATION PROCEEDINGS

This chapter deals with the use of procedures that involve both an informal negotiation process and formal insolvency proceedings. Informal or out-of-court negotiation of a reorganization plan is often impeded by the need for unanimous creditor consent to alter the terms of various classes of existing debt, by the ability of individual creditors to enforce their rights to the detriment of other creditors, and by the ability of creditors to refuse to agree to a reorganization plan that will be in the best interests of most creditors. In the context of informal negotiations, such a plan can only be implemented if some means can be found to modify the rights of those creditors who refuse to agree, without them consenting to the modification - a result which can be achieved in full court-supervised reorganization proceedings.

The purpose of an "expedited" procedure is to take the negotiated agreement and commence proceedings in the court to enable that agreement to be approved. Once proceedings commence, it should be possible to expedite them by taking advantage of the agreement achieved out of court. Certain provisions of the insolvency law need not apply, e.g. provisions concerning making of claims, appointment of an insolvency representative and plan approval; while other provisions would apply, e.g. application of the stay, effect of the plan and discharge of claims.



Expedited proceedings generally would not involve all creditors. Large institutional creditors typically would be included, while trade creditors and employees, for example, would usually continue to be paid in the ordinary course of business, unless their agreement was required for implementation of the agreed plan.

Debtors eligible to apply for expedited proceedings generally would be those that satisfied the requirements for commencement of court-supervised proceedings or were in a position of financial distress where it was likely they would be unable to pay their debts as they matured.

The Guide recognizes that the protections afforded under an expedited proceeding to creditors who have not agreed to a negotiated plan should be substantially the same as those available to dissenting creditors in full reorganization proceedings.

The recommendations on expedited reorganization proceedings are as follows:

## **Recommendations 160-168**

### **Purpose of legislative provisions**

The purpose of provisions relating to insolvency procedures which combine voluntary restructuring negotiations and acceptance of a plan with an expedited procedure conducted under the insolvency law for court confirmation of that plan is to:

- (a) Recognize that voluntary restructuring negotiations, which typically involve restructuring of the debt due to lenders and other institutional creditors and major non-institutional creditors where their participation is crucial to the restructuring, but not involving all categories of creditors, is a cost effective, efficient tool for the rescue of financially troubled businesses;
- (b) Encourage and facilitate the use of informal negotiation;
- (c) Develop a procedure under the insolvency law that will:
  - (i) Preserve the benefits of voluntary restructuring negotiations where a majority of each affected class of creditors agree to a plan;
  - (ii) Minimize time delays and expense and ensure that the plan negotiated and agreed in voluntary restructuring negotiations is not lost;
  - (iii) Bind those minority members of each affected class of creditors and equity holders who do not accept the negotiated plan;
  - (iv) Be based upon the same substantive requirements, but shortened time



periods, as reorganization proceedings under the insolvency law, including essentially the same safeguards; and

- (d) Suspend, with appropriate safeguards, requirements in other laws that may prevent or inhibit the use of processes which delay the invocation of the insolvency law.<sup>30</sup>

### Content of legislative provisions

#### Commencement of expedited reorganization proceedings

(160) The insolvency law should specify that expedited proceedings can be commenced on the application of any debtor that:

- (a) Is or is likely to be generally unable to pay its debts as they mature;
- (b) Has negotiated a reorganization plan and had it accepted by each affected class of creditors; and
- (c) Satisfies the jurisdictional requirements for commencement of full reorganization proceedings under the insolvency law.

(161) The insolvency law may additionally specify that an expedited proceeding can be commenced on the application of any debtor if:

- (a) The debtor's liabilities exceed or are likely to exceed its assets; and
- (b) The requirements of recommendation 160(b) and (c) are satisfied.

#### Application requirements

(162) The insolvency law should specify that the following additional materials should accompany an application for commencement of expedited reorganization proceedings:

- (a) The reorganization plan and disclosure statement;
- (b) A description of the voluntary restructuring negotiations that preceded the making of the application for commencement, including the

---

30. For example, requirements for unanimous consent for adjustment of indebtedness outside of insolvency proceedings, liability for directors where the debtor continues to trade during the period when the out-of-court negotiations are being conducted, that do not recognize obligations for credit extended during such a period, and that restrict conversion of debt to equity.



information provided to affected creditors to enable them to make an informed decision about the plan;

- (c) Certification that unaffected creditors are being paid in the ordinary course of business and that the plan does not modify or affect the rights or claims of unaffected creditors without their agreement;
- (d) A report of the votes of affected classes of creditors demonstrating that those classes have accepted the plan by the majorities specified in the insolvency law;
- (e) A financial analysis or other evidence which demonstrates that the plan satisfies all applicable requirements for reorganization; and
- (f) A list of the members of any creditor committee formed during the course of the voluntary restructuring negotiations.

### Commencement

- (163) The insolvency law should specify that the application for commencement will automatically commence the proceedings or that the court will be required to promptly determine whether the debtor satisfies the requirements of recommendations 160 or 161 and if so, commence proceedings.

### Effect of commencement

- (164) The insolvency law should specify that:

- (a) Provisions of the insolvency law that apply to full reorganization proceedings will also apply to expedited proceedings unless specified as modified or not applicable;<sup>31</sup>

---

31. Provisions of the insolvency law that generally would not be applicable or that could be modified would include: full claim filing; notice and time periods for plan approval; the post-commencement mechanics of providing the plan and disclosure statement to creditors and other interested parties and for solicitation of votes and voting on the plan; appointment of an insolvency representative (who generally would not be appointed unless required by the plan); provisions on amendment of the plan after confirmation. An exception to the provisions of the insolvency law applicable to full reorganization proceedings would be that creditors not affected by the plan would be paid in the ordinary course of business during the implementation of the plan



- (b) Unless otherwise determined by the court, the effects of commencement should be limited to the debtor, individual creditors and classes of creditors and equity holders whose rights are modified or affected by the plan;
- (c) Any creditor committee formed during the course of the voluntary restructuring negotiations should be treated as a creditor committee appointed under the insolvency law; and
- (d) A hearing on the confirmation of the plan by the court should be held as expeditiously as possible.

#### Notice of commencement

(165) The insolvency law should specify that notice of the commencement of expedited proceedings be given to affected creditors and affected equity holders. The notice should specify:

- (a) The amount of each affected creditor's claim according to the debtor;
- (b) The time period for submitting a claim in a different amount if the affected creditor disagrees with the debtor's statement of the claim, and the place where the claim can be submitted;
- (c) The time and procedure for challenging claims submitted by other parties;
- (d) The time and place for the hearing on confirmation of the plan, and for the submission of any objection to confirmation; and
- (e) The impact of the plan on equity holders.

#### Confirmation of the plan

(166) The insolvency law should specify that the court will confirm the plan if:

- (a) The plan satisfies the substantive requirements for confirmation of a plan in full reorganization proceedings, in so far as those requirements apply to affected creditors and affected equity holders;
- (b) The notice given and the information provided to affected creditors and affected equity holders during the voluntary restructuring negotiations was sufficient to enable them to make an informed decision about the plan and any pre-commencement solicitation of acceptances to the plan complied with applicable law;
- (c) Unaffected creditors are being paid in the ordinary course of business and the plan does not modify or affect the rights or claims of unaffected creditors without their agreement; and
- (d) The financial analysis submitted with the application demonstrates that the plan satisfies all applicable requirements for reorganization.



### Effect of a confirmed plan

- (167) The insolvency law should specify that the effect of a plan confirmed by the court should be limited to the debtor and those creditors and equity holders affected by the plan.

### Failure of implementation of a confirmed plan

- (168) The insolvency law may specify that where there is a substantial breach by the debtor of the terms of the plan or an inability to implement the plan, the court may close the judicial proceedings and parties in interest may exercise their rights at law.

## XI. SECURED TRANSACTIONS AND INSOLVENCY

Secured transactions laws and insolvency laws have overlapping concerns and objectives. Despite the overlapping concerns, however, not all the objectives are shared. A secured transactions law seeks to ensure that the value of the encumbered assets protects the secured creditor when the obligations owed to the secured creditor are not satisfied and focuses on effective enforcement of the rights of individual creditors to maximize the likelihood that if the obligations owed are not performed, the economic value of the encumbered assets is realized. An insolvency law, on the other hand, is principally concerned with collective business and economic issues. It seeks to maximize the return to all creditors by preventing a race between them to enforce individually their rights against their common debtor, and to reorganize viable business enterprises. For these reasons, an insolvency law may affect the rights of a secured creditor. For example, a secured creditor's rights to enforce its security may be postponed upon the commencement of insolvency proceedings and its pre-commencement priority be affected by the need to obtain continuing finance to preserve a business and facilitate its reorganization.

The Guide does not include a separate chapter addressing the treatment of secured creditors throughout insolvency proceedings, but rather deals with treatment of secured creditors in the context of each topic. In respect of some issues, the Guide makes specific reference to secured creditors and the manner in which they may be affected by the commencement of insolvency proceedings, for example, constitution of the insolvency estate, application of the stay and post-commencement finance. In respect of other issues, secured creditors will be treated in the same manner as all other creditors, for example, with respect to treatment of contracts, avoidance provisions and claims procedures.



The Guide adopts the approach that while as a general principle the effectiveness and priority of a security right should be recognized and the economic value of the encumbered assets should be preserved in insolvency proceedings, an insolvency law may modify the rights of secured creditors in order to implement business and economic policies. Provided the insolvency law contains clear rules as to the effect of insolvency proceedings on the rights of secured creditors, those creditors will be able to quantify the risk associated with insolvency and incorporate it into their assessment of whether to extend credit and on what terms.

The draft UNCITRAL legislative guide on secured transactions will contain a chapter addressing the effect of an insolvency law upon secured creditor rights.



# Iniciativas internacionales sobre insolvencia\*

---

Adolfo Rouillon

---

Estudió Derecho en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), graduándose en 1969. Obtuvo su Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina en 1982; su tesis doctoral sobre procedimientos concursales obtuvo la máxima calificación (*summa cum laudae*). Por más de 25 años ha sido juez en lo civil y comercial en Rosario, Argentina, habiendo presidido la Cámara de Apelaciones en 1992. También fue Presidente del Colegio de Magistrados de la Provincia de Santa Fe y miembro de la Mesa Directiva de la Federación Argentina de la Magistratura. En el campo académico, ha enseñado Derecho Comercial y Concursos en varias universidades argentinas, siendo también Director del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral. Es autor de siete libros sobre Derecho Concursal y ha publicado unos 150 artículos sobre concursos y temas de derecho comercial en revistas jurídicas y páginas web de Argentina, Canadá, Ecuador, Italia, Reino Unido, USA y Venezuela. Ha asistido a más de 200 congresos, conferencias y seminarios, en la mayoría de los cuales ha presentado trabajos y actuado en paneles. Es Director de dos revistas jurídicas argentinas, *La Ley Litoral* y *Derecho y Empresa*. En 1993, fue elegido miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. En la actualidad, trabaja como abogado para la Vicepresidencia Legal del Banco Mundial en Washington.

## I. INTRODUCCIÓN

En los pasados diez años hemos asistido a un fenómeno novedoso en el campo del derecho concursal o derecho de la insolvencia. Este fenómeno es la prolífica actividad de la comunidad internacional, a través de diversas entidades o agencias de la Organi-

---

\* Este artículo ha sido preparado sobre la base de la disertación pronunciada en el I Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal (Barranquilla, Colombia, 12 al 14 de octubre de 2005).



zación de las Naciones Unidas, asociadas a otros organismos multilaterales de crédito y a organizaciones privadas, todos ellos centrando la atención intensamente en el área del derecho que regula la insolvencia empresarial y las relaciones acreedor / deudor en el sector privado de la economía.

La aceleración de la globalización económica, comercial y financiera de la pasada década explica, en parte, esa preocupación internacional. A ello puede agregarse la transición de los países de Europa Central y Oriental y las Repúblicas de la ex Unión Soviética a sistemas de economía de mercado, hallándose desprovistos de marcos legales, institucionales y regulatorios adecuados para la insolvencia empresarial. Pero el principal detonante de esa novedosa actividad internacional en esta materia puede encontrarse, más bien, en las grandes crisis económico-financieras, de características sistémicas, que han afectado a varios países en la década pasada.

Las crisis del Este Asiático, de la segunda mitad de la década de 1990, confirmaron, con evidencia empírica, que la superación de las crisis sistémicas, a más de constituir un problema macroeconómico, requiere contar con marcos legales e institucionales saludables para resolver de manera rápida y lo menos indolora posible los numerosos problemas que dichas crisis acarreen en el ámbito de las relaciones crediticias en el sector privado empresarial. La ausencia, en la mayoría de los países asiáticos en crisis, de leyes, instituciones y hasta cultura de resolución de los conflictos que trae la insolvencia empresarial, obligó a implementar soluciones de emergencia –las variantes asiáticas del llamado “London Approach”, que no es otra cosa que el uso de ciertas reglas de conducta y sentido común para negociar colectivamente acuerdos entre acreedores financieros y deudores insolventes.

Quizás más importante que la experimentación de nuevos enfoques para solucionar las dificultades crediticias y empresariales en contextos de crisis sistémicas, fue el despertar de la convicción, en la comunidad internacional, de la necesidad de identificar, de manera rápida y bien coordinada, los mejores principios o buenas prácticas en el área de las relaciones de crédito y de la insolvencia, con miras a la utilización de tales principios (o, si se quiere, estándares) para medir el grado de efectividad de los sistemas legales en esas áreas y, luego, para alentar a los países a reformar sus legislaciones nacionales a fin de acercarlas a los ideales de efectividad internacionalmente reconocidos.

Sólo regímenes legales predecibles en el área concursal, aplicados de manera congruente por una judicatura independiente, imparcial y eficiente, alientan a los acreedores a negociar con los deudores para evitar el cierre de una empresa en dificultades,



más que a retirar el flujo de crédito y lanzarse a la ejecución individual de los activos a la primera señal de dificultad financiera. Además, las leyes saludables de insolvencia, bien aplicadas, promueven la eficiente redistribución de los activos de las empresas fracasadas hacia otros emprendimientos con mejores perspectivas, tanto en caso de reorganización como de liquidación.

Modernos y saludables sistemas de insolvencia y de regulación legal de las relaciones entre acreedores y deudores constituyen uno de los cimientos de la inversión, el crédito y el desarrollo económico duradero, contribuyen a la estabilidad del sistema financiero de un país, y proveen una válvula de seguridad a la hora de los fracasos empresarios – preservando valor, empleos y protección social.

Las iniciativas internacionales de los últimos diez años en el área del derecho de la insolvencia señalan, no sólo la actualidad del tema de la quiebra internacional, sino también, y quizás más aún, la preocupación internacional actual por el fenómeno de la insolvencia empresarial. A continuación nos referimos a dichas iniciativas. Este compartir de información no pretende, por cierto, que se compartan los puntos de vista que a continuación se exponen.

## II. INICIATIVAS INTERNACIONALES SOBRE ASPECTOS LEGALES DE LA INSOLVENCIA EMPRESARIA

En un Congreso sobre Derecho Comercial Uniforme, organizado en 1992 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI; frecuentemente citada también como UNCITRAL por su sigla inglesa), al debatir sobre la posibilidad de armonizar las leyes nacionales de insolvencia se llegó a la conclusión de que estaba demasiado lejos el tiempo en que los países pudieran llegar a tener leyes de insolvencia similares para estimular el comercio internacional. Sin embargo, en igual oportunidad se reconoció que en el área de la quiebra internacional los problemas podían circunscribirse a un nivel mucho más manejable como para encarar una iniciativa al respecto. Por entonces había un creciente interés en temas de insolvencia transfronteriza, como resultado de varios importantes casos concursales con elementos internacionales que pusieron de relieve la necesidad de contar con un marco que abordase los temas de coordinación y cooperación internacional. En este entorno, entre 1994 y 1995 comenzaron a desarrollarse las ideas que finalmente culminaron en la Ley Modelo de UNCITRAL para la Insolvencia Transfronteriza, aprobada por las Naciones Unidas en 1997.



### A. Ley Modelo de UNCITRAL para la Insolvencia Transfronteriza<sup>1</sup>

El propósito de la Ley Modelo es promover una legislación moderna y equitativa para aplicar en los casos en que un deudor insolvente tiene bienes en más de un Estado. El texto de la Ley Modelo, como tal, contiene una serie de normas que los Estados deberían adoptar como ley interna. La idea es que cuando un número significativo de países adopte en su derecho interno la Ley Modelo, se produzca como efecto el abordaje de los principales temas de la insolvencia transfronteriza, por el derecho interno, de manera similar. Así, al ser dable esperar la resolución de esos temas con iguales criterios —las reglas de la Ley Modelo—se espera consolidar la previsibilidad sobre el trato que habrían de recibir: el reconocimiento del proceso concursal extranjero, el acceso al concurso local de los representantes del concurso extranjero y de los acreedores extranjeros, la coordinación de los concursos abiertos en plurales países respecto de un mismo deudor, y la cooperación entre tribunales de distintos países y representantes de los plurales concursos del mismo deudor (ubicados en diferentes Estados).

Los principales objetivos de la Ley Modelo son alentar la cooperación internacional en material de insolvencias transfronterizas, realzar la seguridad jurídica, proteger los intereses de todos los sujetos afectados por las insolvencias internacionales, proteger los bienes del deudor procurando la optimización de su valor, y facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras a fin de proteger el capital invertido y preservar el empleo.

Para concretar estos objetivos, la Ley Modelo consagra, entre otras, las siguientes disposiciones fundamentales:

- a. El derecho de acceso directo del representante del concurso extranjero a los tribunales de otro Estado donde existan bienes del mismo deudor, a fin de que dicho representante extranjero pueda, por ejemplo, pedir la apertura de un concurso en este segundo Estado, o solicitar medidas procesales que resguarden los bienes respectivos, o participar en el concurso que se le hubiera abierto al deudor en el segundo Estado.
- b. A los acreedores extranjeros debe: (i) reconocérseles igualdad, respecto de los acreedores locales, para solicitar la apertura del concurso o participar en él; (ii)

1. El texto de la Ley Modelo, así como de la Guía para su adopción por los Estados, puede verse, en inglés, castellano, francés, ruso, chino y árabe, en el sitio de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: <http://www.uncitral.org>



en el orden de privilegios, no colocarles en rango inferior al de los acreedores locales comunes o quirografarios, aunque se admite que pueda excluirse de la concurrencia a los créditos extranjeros tributarios o de seguridad social; y (iii) notificárseles la apertura del concurso (en el domicilio del acreedor extranjero).

- c. El reconocimiento de la sentencia concursal extranjera, o de otras resoluciones judiciales dictadas en proceso concursal extranjero, debe hacerse sin sujeción a mayores formalidades, tales como exhortos diplomáticos y procedimiento de exequátur, procurándose que tal reconocimiento se haga de manera rápida para habilitar el despacho de las medidas cautelares que sean necesarias o convenientes.
- d. Se establece legalmente el principio / deber de cooperación del Juez y órganos del concurso local con el tribunal y los representantes del concurso extranjero "en la medida de lo posible", para lo cual el juez local puede establecer "comunicación directa" con su par extranjero, y también los órganos del concurso local -"en ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal"- pueden hacer lo mismo con sus pares del extranjero.
- e. Para efectivizar la cooperación, se permite la comunicación de información por "cualquier medio" (teléfono, videoconferencia, correo electrónico, etc.), la coordinación de la administración y supervisión de bienes y negocios del deudor en distintos países, la aprobación o aplicación de acuerdos relativos a coordinación de procedimientos (los llamados "protocolos"), y la coordinación de procedimientos simultáneos.
- f. Hay previsiones para coordinar casos de pluralidad de procesos concursales, ya sea que se considere a uno de ellos como procedimiento extranjero "principal" previo y a otro como procedimiento "no principal" local posterior, o a todos como procedimientos simultáneos (uno en el extranjero y otro local).
- g. Finalmente, se establece una presunción de insolvencia por procedimiento extranjero principal -similar a la primera oración del artículo 4 de la Ley de Concursos argentina-, y una regla de pago para procedimientos paralelos casi idéntica a la regla de "paridad en los dividendos" del último párrafo del artículo 4 de la ley argentina.

Obviamente, los resultados beneficiosos en el campo internacional de la Ley Modelo habrán de percibirse en la medida en que un número significativo de países la adopte como ley interna. En lo que es de mi conocimiento, a la fecha la Ley Modelo ha sido adoptada por Eritrea, México, Japón, Polonia, Rumania, Montenegro y las Islas Virge-



nes Británicas. En alguna medida, la nueva ley concursal de España, si bien no adopta el texto idéntico de UNCITRAL, sí basa muchas de las nuevas disposiciones legales españolas en los principios generales inspiradores de la Ley Modelo. Sudáfrica la ha sancionado parlamentariamente, pero su entrada en vigor está condicionada a una decisión del Poder Ejecutivo aún no efectivizada. Algo similar ocurriría en el Reino Unido. Nueva Zelanda, Australia, Colombia y la Argentina<sup>2</sup> tienen a consideración anteproyectos o proyectos de adopción de la Ley Modelo. El más reciente suceso de la Ley Modelo ha sido su adopción en el año 2005, como Capítulo 15 de la Ley de Insolvencia de los Estados Unidos.

## **B. Principios del Banco Mundial para los Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de Crédito<sup>3</sup>**

Si a mediados de la década de 1990 los esfuerzos internacionales en materia de derecho de insolvencia parecían sólo posibles de concretar en el área de los concursos transfronterizos –consecuentemente, en reglas de derecho internacional privado concursal o afines–, luego de las crisis asiáticas de 1997 y 1998 el tema del derecho nacional de insolvencia se instaló en numerosos encuentros y agendas de organismos multilaterales y grupos de países tales como el G-7 y el G-22.

En abril de 1998, el Grupo de Trabajo sobre Crisis Financieras Internacionales del G-22 produjo un informe identificando los objetivos y características principales de cualquier régimen de insolvencia. Esos objetivos y lineamientos fueron el germen del que derivarían las dos principales iniciativas posteriores: los “Principios y Líneas Rectoras de los Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de Crédito” del Banco Mundial (2001) y la “Guía Legislativa sobre Insolvencia” de UNCITRAL (2004). En síntesis, la base común sobre la que habrían de desarrollarse estas dos iniciativas reconoce que aunque los tratamientos nacionales difieren, los sistemas efectivos de insolvencia deben estar dirigidos a:

- Integrarse con los más amplios sistemas legales y comerciales del país.
- Maximizar el valor del activo de la empresa proporcionando la opción de reor-

2. En el Anteproyecto argentino (Art. 3, última oración), se incorpora una norma de reciprocidad no contenida en la Ley Modelo.

3. La versión original (Abril 2001) de los Principios puede hallarse, en inglés, castellano, francés y ruso, en las siguientes páginas del Banco Mundial en Internet: <http://www.worldbank.org/gild> o [http://www.worldbank.org/ifa/ipg\\_esp.pdf](http://www.worldbank.org/ifa/ipg_esp.pdf). En los mismos sitios puede consultarse, en inglés, castellano y francés, la versión revisada de los Principios (Diciembre 2005).



ganización.

- Establecer un delicado equilibrio entre liquidación y reorganización.
- Proveer al trato igualitario de los acreedores situados de manera similar, incluidos los acreedores locales y extranjeros en tal situación.
- Proveer a la resolución oportuna, eficiente e imparcial de las insolvencias.
- Evitar el desmembramiento prematuro del activo del deudor por los acreedores individuales que persiguen sentencias rápidas.
- Proveer un procedimiento concursal transparente que contemple incentivos para reunir y revelar información.
- Reconocer los derechos preexistentes de los acreedores y respetar la prioridad de los créditos mediante un proceso concursal predecible y establecido.
- Establecer un marco para las insolvencias transnacionales, con reconocimiento de los procedimientos extranjeros.

Los Principios del Banco Mundial comenzaron a identificarse en 1999, mediante la constitución de un comité ad hoc de organizaciones asociadas<sup>4</sup>, un ente coordinador y varios grupos de trabajo que reunieron a unos 70 expertos de diferentes países. Antes de su aprobación por el Directorio del Banco Mundial en abril de 2001, los Principios fueron sometidos al examen de cinco seminarios regionales en los que participaron varios cientos de expertos de unos 75 países.

Los Principios no constituyen una ley modelo, ni aspiran a uniformar las leyes nacionales sobre un modelo único. Su rasgo dominante es la flexibilidad de sus postulados, que no constituyen detalladas y rígidas prescripciones legales para su adopción por los sistemas nacionales. Esos postulados son un destilado de diferentes sistemas y experiencias jurídicas nacionales, de diverso origen y tradición, resultando en una lista de 35 principios que deberían observar los regímenes legales e institucionales, de cualquier país, en el área de la insolvencia y de los derechos de crédito, para poder considerar que un sistema nacional en particular es eficiente y cumple con las mejores prácticas internacionales universalmente aceptadas en la materia.

Los Principios comprenden cuatro aspectos fundamentales:

- a. El marco legal para los derechos de crédito, aplicable aun cuando no exista insolvencia del deudor. Esta sección contempla, principalmente, la compabili-

---

4. Incluyendo al Fondo Monetario Internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), los bancos regionales de desarrollo, UNCITRAL, INSOL Internacional y el Comité J de la Asociación Internacional de Abogados.



dad de los sistemas de ejecución individual y de los procesos concursales, el tratamiento legal y registral de las garantías reales, y los mecanismos de ejecución individual de créditos con o sin garantía real;

- b. El manejo del riesgo crediticio, la responsabilidad de los administradores de empresas por decisiones tomadas cuando la empresa se encuentra en insolvencia o camino a ella, y los mecanismos informales de resolución de las crisis empresariales o de la insolvencia (los llamados acuerdos preconcursales o concordatos extrajudiciales; o workouts, en la jerga concursal norteamericana);
- c. El marco legal para los procesos concursales de reorganización y de liquidación; y,
- d. El marco institucional, o sea, las características de un sistema judicial y de un sistema de sindicatura concursal eficientes.

Un rasgo saliente de los Principios es considerar que, en el sistema concursal de todo país, es fundamental conocer no sólo las leyes sino también las instituciones encargadas de aplicarlas; y, a la vez, analizar ambas –leyes e instituciones– en la teoría y en su funcionamiento práctico.

Los Principios fueron desarrollados principalmente para ser usados como una suerte de banco de pruebas que permitiera medir la efectividad de los sistemas de insolvencia y derechos de crédito de cualquier país. Ese estudio lo hace el Banco Mundial, por acuerdo con las autoridades de un país, mediante un programa llamado ICR ROSC (por su sigla inglesa correspondiente a la expresión *Insolvency and Creditor Rights Report on the Observance of Standards and Codes*), el cual ha sido efectivizado ya en unos treinta países de diferentes regiones del mundo. En América Latina, se ha concluido en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras y Nicaragua; está en curso de ejecución, con diferentes grados de avance, en Colombia, Paraguay, Guatemala, República Dominicana y Uruguay.

El ICR ROSC es una herramienta de diagnóstico que permite abrir el diálogo a las autoridades de un país, ayudando a identificar las principales debilidades de su sistema, legal y/o institucional, en el área de la insolvencia, para facilitarle promover o acelerar las reformas necesarias a fin de poner a las leyes, instituciones y prácticas concursales más cerca de los estándares internacionales en la materia. Los informes que se elaboran como consecuencia del ICR ROSC son confidenciales, para uso exclusivo de las autoridades del respectivo país, a menos que éstas autoricen la publicación del sumario



(quince páginas) del ejercicio. Los ICR ROSC publicados pueden verse en la página web del Banco Mundial<sup>5</sup>.

La segunda versión de los Principios se terminó de revisar en diciembre de 2005<sup>6</sup>. En esta versión revisada, se incorporan las lecciones de los casi 30 ICR ROSC llevados a cabo desde fines de 2001 a fines de 2004, más las observaciones de numerosos expertos internacionales, formuladas en varios eventos internacionales organizados o co-organizados por el Banco Mundial en igual período, entre los cuales cabe destacar el Foro Global sobre el Manejo del Riesgo Crediticio, el Foro de Insolvencia en Latino América, varios Foros sobre Reforma de la Insolvencia en Asia, y el Foro Global de Jueces que reuniera, este último, a más de 100 magistrados de 70 países en las 3 ediciones llevadas a efecto hasta la fecha.

### C. Guía Legislativa sobre Insolvencia de UNCITRAL<sup>7</sup>

UNCITRAL terminó de elaborar su Guía Legislativa sobre Insolvencia, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2004 y publicada en su definitiva versión oficial en inglés en enero de 2005. A diferencia de la Ley Modelo de 1997 enfocada en las insolvencias con elementos internacionales, la Guía Legislativa se centra en los sistemas nacionales internos que regulan los procesos de insolvencia y no propone un modelo único de legislación –la Guía no es una “ley modelo de procesos de insolvencia”. La Guía Legislativa expresa que su propósito es prestar ayuda para el establecimiento de un marco legal efectivo y eficiente para enfrentar las dificultades financieras de los deudores. Su intención es que sea utilizada como referencia por las autoridades y cuerpos legislativos nacionales cuando preparen nuevas leyes o regulaciones o revisen si son adecuadas las que tienen en vigencia. La Guía Legislativa no provee un único juego de soluciones modelo para abordar los temas centrales de una eficiente y efectiva ley concursal, sino que ayuda al usuario a evaluar los diferentes enfoques disponibles y a elegir el que sea más adecuado a su contexto nacional o regional.

5. [http://www.worldbank.org/ifa/rosc\\_icr.html](http://www.worldbank.org/ifa/rosc_icr.html)

6. Ver páginas de Internet citadas en nota 3.

7. La Guía Legislativa sobre Insolvencia de UNCITRAL puede consultarse en el sitio web: <http://www.uncitral.org>



### III. LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA

Un rápido vistazo a la legislación de los países de Latinoamérica permite afirmar que, salvo México (que en 2001 incorporó a su derecho interno la Ley Modelo de UNCITRAL para la Insolvencia Transfronteriza, adicionándole una disposición de reciprocidad), en la región la regla es la carencia de normas modernas –de fuente interna o internacional– para lidiar con los principales problemas actuales de la insolvencia con elementos extranjeros.

Los tratados específicos –Código de Bustamante y Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional (1889 y 1940)–, de un lado, no vinculan a todos los países de la región (mucho menos, fuera de ella) y, de otro lado, si bien fueron en su momento verdaderas avanzadas mundiales en la materia, hoy es manifiesto que sus normas están desactualizadas. Más importante aún, nadie seriamente cree que los países de la región que en su momento no ratificaron esos tratados vayan a tener intención de sumarse a ellos ahora. Creo poder sostener, con poco margen de error, que nadie abriga la esperanza de unificar el tratamiento latinoamericano de la insolvencia transfronteriza, persuadiendo a los países que por décadas se han mantenido al margen de los referidos tratados, de las bondades o ventajas de su tardía incorporación, en el siglo XXI, a tratados diseñados hace tanto tiempo y, para más, con escasa experiencia de aplicación práctica desde su puesta en vigor.

En el ámbito del derecho concursal interno, el panorama no es más alentador. Algunos de nuestros países carecen totalmente de normas de derecho internacional privado concursal, por lo que, muchas veces, aspectos tan elementalmente urgentes como el reconocimiento de una sentencia u orden judicial, con propósito cautelar urgente, dictada en un proceso concursal extranjero, debe procesarse a través del complicado mecanismo de exequátur –que suele ser el mejor cadalso para la urgencia de cualquier medida. En otros países –como la Argentina o el Uruguay– las leyes concursales consagran normas que regulan sólo aspectos parciales de la problemática concursal internacional. Y cuando lo hacen, en general reflejan concepciones antiguas, que se preocupaban de manera central por el problema del reparto de los bienes “locales”, limitando o subordinando la participación de ciertos acreedores considerados “extranjeros”, y no atendían los problemas que hoy realmente afligen más a la hora de la insolvencia de empresas con establecimientos, bienes, o actividades más allá de las fronteras nacionales: (1) la posibilidad de inmediata coordinación de los procedimientos y la facilitación de la cooperación judicial que hagan factible la reorganización de esas empresas con pie en más de una jurisdicción; y, (2) la colaboración de la jurisdicción extranjera para identificar bienes existentes en otros países, sancionar actos ineficaces o efectivizar medidas tendientes a la reconstrucción del patrimonio insolvente.



Hoy parece difícil imaginar que pueda abrirse –con esperanza de llegar a fructíferos resultados en breve plazo– un proceso regional de elaboración y negociación de un tratado sobre insolvencia transfronteriza. Y aun cuando eventualmente pudiesen encajarse iniciativas de ese tipo en el ámbito regional o sub-regional, parece cierto que remozar los regímenes de derecho internacional privado, de fuente interna, en nuestros países, es prioritario. Igualmente importante es que ese remozamiento de nuestras normas internas se haga inspirándose en principios de cooperación internacional.

## CONCLUSIONES

Los tiempos de grandes crisis plantean desafíos que llevan a repensar instituciones jurídicas tradicionales. Son, también, oportunidades de cambio.

La década pasada ha sido un tiempo de severa prueba para el derecho de la insolvencia en numerosos países; tanto en aquellos que al enfrentar crisis sistémicas se hallaban desnudos de experiencia, legislación e instituciones adecuadas, como en otros que, pese a contar con razonable legislación y larga tradición de uso de los procesos formales de insolvencia, tuvieron que usar nuevas soluciones para desafíos inéditos.

Las relaciones comerciales y de inversión, regionales e internacionales, aunque con cíclicos altibajos, tienden a la cada vez mayor interrelación de nuestras economías, a nivel regional y más allá de la región. La tecnología a diario nos sorprende con nuevos medios que facilitan la comunicación internacional a niveles nunca imaginados antes. Súmese a ello la evolución de la visión jurídica sobre la concursabilidad actual, que resalta la importancia de los procesos de reorganización en cuanto mecanismos de preservación de valor, optimización de porcentajes de recupero crediticio y protección social.

Esos son sólo algunos de los factores que, de un lado, obligan a repensar las normas concursales –aspecto en el cual varios países latinoamericanos han hecho avances significativos en la última década pero, lamentablemente, muchos otros aún se hallan desprovistos de legislaciones concursales adecuadas. A la vez, han puesto al descubierto la común desnudez de nuestros sistemas para lidiar eficientemente con los acuciantes, complejos y casi siempre urgentes problemas actuales de la insolvencia internacional.

La década pasada ha despertado también el interés de la comunidad internacional, sobre la necesidad de que los países cuenten con sistemas efectivos de insolvencia para alentar la inversión, contribuir a la estabilidad de los sistemas financieros y resolver de



manera eficiente las dificultades empresarias preservando valor y protegiendo empleos.

Nadie desea que otro país deba repetir una crisis sistémica como las que se vieron en la pasada década. Pero al menos hoy sabemos que hay grandes esfuerzos en marcha, internacionalmente coordinados, para contribuir a paliar las consecuencias de la insolvencia empresarial y para afianzar sistemas legales e institucionales que hagan posible la solución justa y equitativa de esa situación indeseable y perjudicial.

Más importante, quizás, es advertir que hoy hay clara conciencia de la importancia global de los sistemas de insolvencia y se está construyendo conocimiento a partir del intercambio y de la experiencia comparada. Hay mucho camino por recorrer, por cierto. Hay diferentes visiones sobre cuáles de esos caminos son los más adecuados, para cada país, en cada época de su propia y única circunstancia. No hay recetas mágicas, ni talles únicos. Más allá de las divergencias, sin embargo, es reconfortante comprobar que la acción en pro de la mejora de los sistemas nacionales puede hoy contar con el elemento auxiliar adicional de iniciativas internacionales como las comentadas.



# Corporate Groups & Insolvency

---

Neil Cooper

---

S1 Neil Cooper is a Partner in the London office of Kroll.  
He has practiced insolvency law for 40 years and is a Past President  
of NSOL International. mbrell & Russell, LLP

## I. INTRODUCTION

Groups of companies have become the favoured business structure through most of the economically developed world. The theory is that such a structure assists in compartmentalising activities, thereby limiting potentially devastating losses. Corporate groups may take many forms but for these purposes, they include any number of separate legal entities linked together, formally or informally, by some sort of common control or ownership.

It also undoubtedly arises from the assembly of major trading conglomerates through take over and acquisition and is perceived to have tax advantages. For many, groups facilitate organisational structure. For cross-border businesses, group structures may facilitate local taxation and employment matters.

Of course, many of these benefits are illusory. Protection against devastating losses falls away as a result of group financing agreements; inter-group trading and cross guarantees; letters of comfort given to group auditors and the inclination of major creditors, and particularly bankers, to ensure that they have the indemnity of the top company in any group.

Group structures are not required from the accounting point of view – accountants are just as happy with branch accounting as consolidating group structures. It seems probable that the banking, commercial and legal sectors very often fail to appreciate the accounting aspects of groups of companies. That misunderstanding will increase as the new international financial reporting standards take hold and many groups change their consolidation approach from UK GAAP, which has regard for the substance of transactions, to one which requires legal form to prevail over substance; thus facilitating the off-balance accounting structures which made Enron, Worldcom and other failures possible.



Other key drivers for complicated group structures include the fiscal aspects and their influence on the flows of money within groups. Indeed, the incidence of tax considerations is often cited as the reason for the formation of and subsequent growth of corporate groups. As a result, inter-company pricing policies and national taxation rates frequently determine the distribution of assets and liabilities within corporate groups. This has resulted in most tax authorities having the right to revisit transfer pricing structures aimed at locating profits in low taxation domiciles.

Further complications arise when groups include joint venture arrangements; special purpose vehicles (SPVs); trusts; or partnerships alongside their ordinary incorporated subsidiary and holding companies.

## II. A LONG TERM ISSUE

This is not simply a current phenomenon. The group charts of several Hong Kong property groups such as Carrian, which failed in Hong Kong over 20 years ago, ran to several pages and a reader would have needed a good magnifying glass to identify the subsidiaries. They all fell to be dealt with as individual companies although there was no doubt that most creditors advanced credit to these subsidiaries solely because they were within the Carrian Group.

In the late 1990's in England, the affairs of all the companies in the Multinational Gas and Petrochemical group had to be consolidated by the court because the vast majority of creditors supplied petroleum spirits to "Multigas", as it was known, under telexed contracts and had no idea with which subsidiary they were meant to be contracting.

Today, the group chart of Federal Mogul group, an automotive component supplier, when blown up to the point where you can read the names of all the subsidiaries, fills a wall of a small office.

The group chart of Collins and Aikman, another automotive group is printed in a book, with sub-sub-groups having the complexity of structure of many domestic groups of companies.

But, if the group structure is the norm for major trading enterprises, what happens when fortunes change and insolvency looms? In this regard, our laws and systems invariably fail to deliver the clarity, fairness and certainty that are generally agreed to be desirable.

## III. EXISTING RESOURCES

The great majority of domestic insolvency and corporate laws omit provision for the effective liquidation or restructuring of groups. Their corporate laws often address group



issues outside the insolvency area – issues such as the accounting treatment; regulatory issues and extensive taxation provisions for corporate groups - but in the main, corporate law legislates primarily for individual corporate entities.

Much of what already exists in domestic law concentrates simply on the consolidation of estates in bankruptcy – we must appreciate the consequences of the absence of clear guidelines determining the circumstances under which restructuring proceedings of group companies should be considered and how these proceedings are to deal with issues such as jurisdiction, filing, control, secondary proceedings and priorities.

In the international context, the models that we have created have always stopped short of dealing satisfactorily with groups. When the United Kingdom's House of Lords sitting under the chairmanship of Lord Hoffmann considered whether the UK should subscribe to the European Bankruptcy Convention, the committee commented on the failure of the convention to deal with groups of companies -the most common form of business model. When the convention transmogrified in to the EU Regulation on Insolvency, it still did not address the issue, with predictable consequences.

A well reported case was KPN Quest which failed the day the European Insolvency Regulation came in to force, 31 May 2002. KPN Quest was a telecoms group that owned cables around Europe and to the US. The main cables were in rings: for the ring around Europe, the French part of the ring was owned by a French company; the German part by a German subsidiary, and so on. When the Dutch parent failed, many of the subsidiaries were obliged to file for the protection of the court. No one was able to coordinate the proceedings and it was effectively broken up.

When the text of what became the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency was debated, groups were "a stage too far". Subsequently, the UNCITRAL Legislative Guidelines for Insolvency Law contained only limited comments and recommendations on the subject of groups.

#### IV. IS THERE A PROBLEM THAT REQUIRES ATTENTION?

It is of course, the fact that the professionals involved have found ways of dealing with all the foregoing cases and it is worth considering whether there is a problem that requires attention. The consensus is that the growing emphasis on restructuring makes it vitally important that we find ways of dealing cost effectively with groups and delivering the levels of predictability and certainty that are required by the financial and professional communities.

If the subject matter is to be addressed, the approach may be narrow or wide. Most certainly, our discussions should embrace restructuring as well as bankruptcies.



Moreover, we need precision about the term "group". This usually refers to companies under the same ownership, where all of the subsidiaries are wholly or substantially owned by an ultimate parent. But when some of the Korean Chaebols were being reorganised in the late 1990's, some investors were dismayed to find Korean companies were usually consolidated under common control, rather than ownership. US banks who invested substantial sums in the distressed debt of these groups ended up owning large proportions of the stock of the ultimate top companies but they did not own the assets underneath.

Less exotically, there is a difference in philosophy and approach between civil and common law traditions concerning management or 'control' of corporate groups and related companies; the significant differences in approach to director responsibility and liability within the context of corporate groups

## V. ARE THESE MATTERS OF DOMESTIC OR INTERNATIONAL LAW?

While it is often such cross-border cases which grab the head-lines and which seem to be the focus of attention, unless there are domestic laws that permit groups to be dealt with cost-effectively, we cannot expect foreign courts to simply accept decisions of foreign courts which have the same effect.

The task might be confined to simply identifying the circumstances in which in either domestic or cross-border situations, it might be desirable to promote legislation that enables the separate entity principle to be ignored, to enable pooling of assets and liabilities of group companies, and to provide the guidelines under which this might be achieved. Furthermore, such legislation could provide for rules allowing the administrator in the insolvency proceedings of the holding company to steer the actions to be taken by the insolvent subsidiary, including guidelines

- dealing with group companies in different jurisdictions, by adjusting, for example, the concept of COMI for subsidiary or related companies;
- provide for more extensive powers on the part of an office holder to undo and avoid transactions between companies in a group that prejudice creditors;
- that, in certain circumstances, provide for a 'parent' company to be liable for the debts of an insolvent subsidiary.

There will presumably need to be limits to our enthusiasm and imagination. There would need to be constraints as to the treatment of those parts of groups for which



special procedures typically apply. The need for progress in the ways in which we are able to deal with groups generally, however, is undeniable.

## VI. THE CHALLENGE

There is now an acceptance that consideration needs to be given to the problems that arise when corporate groups encounter insolvency. The matters that need to be resolved will include:

- What constitutes a "group of companies" for these purposes?
- Are there exceptions by which certain types of corporate entity would be excluded from the group?
- Under what circumstances would it be appropriate for proceedings to be commenced against all or part of a corporate group?
- The extent to which formal relief, protections and remedies would be available against members of a corporate group;
- The extent to which it is appropriate for cases to be consolidated either procedurally or substantively;
- The extent to which the limited liability protection of separate entities may be waived.

This is the challenge which we hope that the UNCITRAL will take up in its forthcoming deliberations.







# El rol del sistema financiero en los procesos de insolvencia

——— Luis Humberto Ustáriz González ———

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana; con Maestría en Derecho Económico de la misma Universidad y Especialización en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes, con cursos de Arbitraje Internacional en Virginia (Estados Unidos) y París (Francia).

Vicepresidente Jurídico de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Ha sido Vicepresidente Jurídico de la Corporación Financiera del Valle S.A.; Secretario General de la Compañía Central de Seguros S.A. Director de la Maestría en Derecho Económico de la Universidad Javeriana. Coordinador del Centro de Estudios sobre Conflictos de Intereses de la misma Universidad.

Autor del libro Régimen de los Conflictos de Interés y de múltiples artículos sobre derecho financiero y de seguros.

Profesor titular de la cátedra de Derecho Financiero en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana y Profesor de Posgrados de Derecho Comercial, Mercado de Capitales, Maestría en Derecho Económico, Legislación Financiera y Negocios Internacionales de la Universidad Javeriana y Andes.

Miembro Ad-Hoc de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa de Valores de Colombia y representante por Colombia ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el tema de Insolvencia.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante gran parte del siglo XX los créditos bancarios se otorgaban bajo términos no estandarizados, en los cuales el banquero revisaba con atención el desempeño del deudor frente al sistema financiero, donde el aspecto más importante era la reputación



y de manera secundaria el conjunto de garantías ofrecidas que le permitían mitigar el riesgo de contraparte.

Con base en lo anterior, se buscaban elementos que le permitieran al banquero anticipar las dificultades que llegase a obtener el deudor para la satisfacción de las obligaciones. No obstante, no fue sino hasta los años 70' cuando apareció el modelo financiero clásico denominado "Merton", hasta que los banqueros comenzaron a complementar su análisis más allá de la percepción de un deudor con factores objetivos que les permitieran predecir de una manera más exacta las posibilidades de incumplimiento de un deudor.

En el citado modelo "Merton" se asumió que los acreedores y tenedores de bonos no podían forzar al deudor hacia un proceso de bancarrota –quiebra ó insolvencia- para hacer exigibles sus obligaciones antes del vencimiento de las mismas; de igual manera se partió del concepto que el deudor era solvente mientras pudiera pagar el capital de la deuda, de lo contrario entraría en un "default" ó incumplimiento<sup>1</sup>.

Este modelo se consideró como el primer ejemplo de la aplicación de análisis de reclamaciones contingentes en la valoración de los créditos de una entidad financiera y fue lo que conllevó el desarrollo de parámetros de calificación de créditos a través de técnicas estadísticas, en los cuales la probabilidad de incumplimiento aunada a la segregación de la población por grupos marcó un hito en la intermediación bancaria.

En efecto, en los métodos utilizados para la calificación del crédito se consideraron cinco factores a saber: el carácter ó reputación; capital y/o cantidad; capacidad de pago; garantías y condiciones económicas. Lo anterior, con el propósito de establecer las posibilidades de incumplimiento de un deudor y de esta forma determinar si se realizaba o no un desembolso, las condiciones económicas del mismo en cuanto a la tasa, vencimiento de la operación o, por el contrario, si la entidad financiera se abstenía de concretar una operación activa de crédito.

De lo anterior, se observa que el fenómeno del "default" o incumplimiento resulta algo fundamental en materia de intermediación financiera, razón por la cual las entidades vienen trabajando de tiempo atrás arduamente en la determinación de modelos matemáticos que les permitan predecir de la mejor manera posible los eventos de "default".

---

1. SERVIGINY, De Arnaud y otro. *Measuring and Managin Credit Risk*. McGraw-Hill 2004. Página 65.



Sin embargo, la aproximación a este concepto resulta variada y presenta varias aproximaciones. La primera, la relativa al mercado en el cual el incumplimiento se traduce en la incapacidad de pago del saldo insoluto de la deuda; en las recomendaciones que establece el Comité de Basilea en Supervisión Bancaria donde se ha previsto que la mora en el cumplimiento de las obligaciones por más de 90 días se debe considerar "default"; y finalmente, la definición de orden legal nos lleva al concepto de bancarrota, quiebra ó insolvencia.

Habida consideración de lo expuesto, se pretende en este ensayo abordar el tema de insolvencia en tres aspectos relacionados directamente con el sector financiero, el primero en cuanto a la concepción técnica de riesgo y su calificación dentro de las normas de prudencia; el segundo respecto de las modernas tendencias en el tratamiento de garantías en el mercado de capitales; y finalmente, la interacción que se presenta entre los comerciantes y el sector financiero bajo el proyecto de insolvencia que el Gobierno Nacional ha estado trabajando en los últimos años en aras a reemplazar la ley 550 de 1999.

## II. EL "DEFAULT" DENTRO DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE RIESGO CREDITICIO

A. Basilea II. Cuando se trata del sistema financiero se ha considerado que uno de los aspectos más importantes dentro del mismo es el concepto de capital mínimo, como medida prudencial para que el banco pueda atender sus obligaciones; empero el capital debe proveer una salvaguardia frente a las pérdidas inesperadas de una entidad financiera, es decir, el capital no debe y no puede ser utilizado para los casos tradicionales de "default" que se presentan en las operaciones activas.

Lo expuesto, nos lleva a la conclusión que para los eventos de incumplimiento tenemos las provisiones y reservas de la entidad financiera, razón por la cual el concepto de "default" cobra una importancia manifiesta dado que al final se traduce en el conjunto de medidas preventivas que debe adoptar una entidad financiera para un funcionamiento adecuado, a menos que la situación de incumplimiento se traduzca en un evento de insolvencia.

En el Nuevo Acuerdo del Comité de Basilea<sup>2</sup> se consideró que las cargas de capital adecuado deben estar ligadas a los mecanismos que se establezcan para medir

2. Conforme lo señaló el autor en el artículo Basilea II: ¿Oportunidad o Amenaza?, publicado por la Revista de Derecho de la Empresa No 4 octubre a diciembre de 2005, "El Comité de Basilea creado en los años 70' con el propósito de anclizar los



adecuadamente el riesgo, de manera que podemos encontrar en las recomendaciones que empezarán a regir en el 2007 los siguientes:

- (i) El Método Estándar, el cual recoge grosso modo los sistemas actuales de cálculo de riesgo y por ende resulta más gravoso que los demás procedimientos en la medida en que la carga de capital se aplica de manera tajante frente al activo objeto de la medición. Por lo anterior, se puede anotar que no registra las diferencias en las sensibilidades que pueden presentar los variados instrumentos de mercado, sino que se tiene presente la categoría del deudor con base en la calificación de una sociedad calificadoradora de riesgo.
- (ii) El Método de Medición Interna, en esta categoría las entidades financieras realizan una valoración propia de sus clientes, con base en las series históricas del comportamiento del crédito, es decir con esta clasificación se busca que las entidades financieras realicen una gestión adecuada del riesgo en función del volumen y en calidad de sus activos.
- (iii) El Método de Medición Avanzada, permite la aplicación de tres elementos cardinales en el componente del riesgo como son el manejo de la probabilidad de incumplimiento (PI), la pérdida en caso de incumplimiento (PEI) y la exposición al momento del incumplimiento (EAI)<sup>3</sup>.

Así mismo, el Nuevo Acuerdo plantea un reconocimiento en la mitigación del riesgo en la aplicación de garantías, al distinguir los bancos que sufren pérdidas cuando el deudor y el garante entran en estados de insolvencia. Por ello, trae una calificación para los garantes y una definición más amplia de lo que puede considerarse como garantía al involucrar el dinero en efectivo, valores de deuda soberana, valores de entidades públicas, acciones cotizadas en bolsas de valores, participaciones en fondos de inversión y oro. Igualmente, el Comité reconoció que los cubrimientos excesivos demandarán menores cargas de capital, dado que se aumenta la posibilidad de recuperación.

---

diversos fenómenos financieros, con el propósito de preparar recomendaciones que permitan de manera oportuna minimizar los riesgos a que se exponen las instituciones financieras, ha desarrollado una evaluación integral de riesgos del cual las instituciones financieras podrán actuar de una manera más exacta en la toma de sus decisiones y con el capital propio adecuado en cuanto a la exposición de riesgo necesario para llevar a cabo las operaciones propias de la actividad”.

3. Estas siglas corresponden en inglés a: probability of default (PD); loss given default (LGD) y exposure at default (EAD).



B. La probabilidad de incumplimiento (PI). En el sistema de calificación interno (scoring), cada entidad financiera debe estimar la probabilidad de impago con base en su propia experiencia histórica, lo cual variará dependiendo del método de medición de riesgo que seleccione la entidad bancaria<sup>4</sup>. De esta forma, se busca que una entidad crediticia tenga cubierta las pérdidas esperadas a través de las provisiones y las pérdidas inesperadas sólo serán amparadas con recursos propios<sup>5</sup>. Este aspecto se encuentra ligado en la mayoría de los sistemas al factor objetivo de la morosidad.

C. La pérdida en caso de incumplimiento (PEI). Está orientada a mostrar que la incertidumbre en los casos de recuperación depende, no solamente de factores cuantificables, sino también de aspectos relacionados con el poder de negociación de deudores y acreedores. Así, este aspecto está relacionado con la posibilidad de ejecución de las garantías que le fueron entregadas a la institución financiera, y que dependiendo de la naturaleza de las mismas, tendrá un lugar privilegiado o no en la calificación y graduación de los créditos.

Lo anterior implica que las posibilidades de recuperación están ligadas en los casos de insolvencia, a la agilidad de los procedimientos establecidos en cada uno de los países, v.gr en los Estados Unidos y Reino Unido un proceso de insolvencia presenta una duración aproximada entre dieciocho meses y tres años. De la misma forma, a la posibilidad de acceder a procesos organizados de reestructuración.

En suma, la pérdida en caso de incumplimiento se constituye en la segunda pieza clave del rompecabezas del riesgo de crédito, siendo así una tarea compleja que aparte del trabajo estadístico requiere del análisis jurídico de las garantías, de la prelación de las mismas y finalmente, del proceso ordenado y eficiente de reorganización o liquidación. En todo caso, este factor se constituye en la estimación del porcentaje de pérdida sobre la exposición, restando lo recuperado y sus costos, es decir, mide la severidad de la pérdida.

D. La exposición al momento del incumplimiento (EAI). Este aspecto consiste en la estimación del importe utilizado por el banco con un determinado cliente o producto en el momento de su hipotética entrada en mora, de suerte que lo reflejado en la escala de

4. Hacemos referencia al enfoque básico (foundation approach) o al enfoque avanzado (advanced approach).

5. Pérdidas esperadas (EL, Expected Losses); Pérdidas inesperadas (UL, Unexpected Losses).



rating no es otra cosa que un sistema de ordenación de los clientes de la entidad bancaria por su calidad crediticia.

E. Sistema de administración de riesgo crediticio (SARC). La Superintendencia Financiera (antes Superintendencia Bancaria), estableció un sistema para evaluar el riesgo crediticio de una manera integral, involucrando así a los administradores en el análisis del riesgo, buscando un mayor análisis en la capacidad de pago del deudor y un seguimiento más estricto a las condiciones económicas del mismo.

En efecto, conforme al capítulo segundo de la Circular Básica Contable 100 de 1995 la Superintendencia señaló "El SARC debe contener políticas y procedimientos claros y precisos que definan los criterios y la forma mediante la cual la entidad evalúa, asume, califica, controla y cubre su riesgo crediticio. Para ello, los órganos de dirección, administración y control de las entidades deben adoptar políticas y mecanismos especiales para la adecuada administración del riesgo crediticio, no sólo desde la perspectiva de su cubrimiento a través de un sistema de provisiones, sino también a través de la administración del proceso de otorgamiento de créditos y permanente seguimiento de éstos".

Igualmente, este sistema estableció un mecanismo de constitución de provisiones generales denominado "contra-cíclicos"; provisiones de carácter particular dependiendo las garantías que respaldan la operación y el grado de morosidad determinado por la modalidad de crédito (comercial, consumo, vivienda y microcrédito).

Finalmente, con este sistema integral de manejo del riesgo se llega a la siguiente ecuación:  $PE = PI * PEI * EAI$ . Es decir, la pérdida esperada se mide por la probabilidad de incumplimiento multiplicado por la pérdida dado el incumplimiento y la exposición ante el incumplimiento, de suerte que se tiene en cuenta la exposición de la entidad, los factores de recuperación y las garantías de cada operación activa de crédito.

### III. TENDENCIAS EN EL TRATAMIENTO DE GARANTÍAS EN EL MERCADO DE CAPITALES

En la actualidad el mercado de capitales desintermediado en Colombia, adoptó con la Ley 964 las tendencias modernas en cuanto a las garantías entregadas por cuenta de un participante al sistema de compensación y liquidación de las operaciones se refiere, de suerte que se da cumplimiento al "Principio de Finalidad" (finality principle), figura utilizada en el ámbito internacional por la mayoría de los sistemas de compensación y liquidación que existen.



Este principio contempla la firmeza, irrevocabilidad, exigibilidad y oponibilidad de las órdenes de transferencia de fondos o valores derivadas de operaciones sobre valores, desde el momento en que son aceptadas por el sistema de compensación y liquidación<sup>6</sup>. Así, se entenderá que una orden de transferencia ha sido aceptada, cuando cumple con los requisitos y controles de riesgo establecidos en los reglamentos del respectivo sistema de compensación y liquidación que, para el caso colombiano, son aprobados por la Superintendencia Financiera.

La aplicación de este principio, de forma necesaria, favorece el cumplimiento recíproco de obligaciones aún por encima de eventos de insolvencia como procesos concursales o la liquidación obligatoria de uno de los participantes, lo cual se traduce en la disminución del riesgo de contraparte, que podría llegar a ser de contagio o sistémico cuando la operación compromete varios agentes del mercado integrantes de un mismo conglomerado ó que por su tamaño puede afectar a los variados agentes del mercado.

Así mismo y de forma paralela a este principio, la Ley 964 establece que las garantías entregadas por cuenta de los participantes a un sistema, sean propias o de un tercero, no pueden ser objeto de reivindicación, embargo, secuestro, retención u otra medida cautelar similar, administrativa o judicial, hasta tanto no se cumplan enteramente las obligaciones derivadas de tales operaciones u órdenes. Lo mismo sucede con los actos que constituyan, incrementen o sustituyan las garantías.<sup>7</sup>

El artículo 11 de la Ley 964 constituye una verdadera separación de la normatividad vigente hasta el momento, en el que se establecen los órdenes de prelación de créditos. Por tanto, quien ostente una garantía en el Mercado de Valores puede hacerla válida, incluso en la circunstancia en el que el otorgante se encuentre en un proceso concursal o liquidatorio o se halle en acuerdo de reestructuración.

Lo anterior, es posible gracias a la real transferencia de propiedad que se hace sobre los valores entregados en la realización de las operaciones. Esta premisa es clara en las operaciones repo, operaciones simultáneas, intercambio de valores y transferencias temporales de valores ya que, como se establecía inicialmente en el Decreto 1782 de

6. Artículo 10, Ley 964 de 2005 por la cual se regulan las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones.

7. Artículo 11, Ley 964 de 2005 por la cual se regulan las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones.



2001, al encontrarnos frente a una transferencia de propiedad, el valor se separa completamente del patrimonio de quien lo entrega y pasa a estar afecto únicamente a garantizar el cumplimiento de una obligación, por lo que no puede ser incluida dentro del conjunto de bienes a ser parte del proceso.

El artículo 14 de la Ley 964 de 2005, también hace referencia a las consecuencias del incumplimiento por cualquiera de las dos partes en esta clase de operaciones. En caso de que quien incumpla sea el que inicialmente transfiere los valores, la otra parte tiene derecho a disponer de ellos en la forma en que considere conveniente, restituyendo la diferencia de precios entre lo acordado y el precio del mercado, si llegare a existir. Si es el caso contrario y quien incumple es el adquirente inicial, la obligación de quien transfirió inicialmente los valores de pagar el precio de readquisición cesa y surge el derecho a obtener la diferencia entre el precio acordado y el valor en el mercado en el momento del incumplimiento.

Si se presenta el evento en el que alguna de las partes inicie procedimiento concursal, toma de posesión para liquidación o acuerdos globales de reestructuración de deudas, se dará por terminada la operación por anticipado, generando los efectos anteriormente mencionados, desde la fecha de adopción de la decisión.

Por último, en cuanto al procedimiento para hacer efectivas las garantías, ya el Reglamento del Sistema Centralizado de Operaciones de Negociación y Registro del mercado de renta fija administrado por la Bolsa de Valores de Colombia - MEC- Mercado Electrónico Colombiano había establecido reglas a aplicar en caso de incumplimiento por alguna de las partes involucradas en este tipo de operaciones, en las que las garantías se hacen efectivas sin necesidad de intervención judicial por parte del Administrador del Sistema, es decir, la Superintendencia Financiera.

#### IV. PROYECTO DE INSOLVENCIA

En la actualidad el proceso concordatario en Colombia está regulado por la Ley 550 de 1999 llamada de intervención económica que, conforme a la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Insolvencia: "fue concebida como un mecanismo transitorio para atender una situación coyuntural de crisis económica generalizada, en consideración a que los mecanismos concursales diseñados para situaciones ordinarias resultaron insuficientes e inadecuados. A raíz de su expedición, el proceso concordatario fue suspendido por cinco (5) años, para entrar en aplicación la citada ley, la cual fue prorrogada por el término de dos (2) años a través de la Ley 922 de 2004."



De la exposición de motivos mencionada, se infiere que la aplicación de la Ley de reestructuración empresarial no fue satisfactoria en varios aspectos, dentro de los cuales podemos encontrar la inseguridad jurídica, los abusos de las partes dominantes en el proceso, como lo son los acreedores internos y la poca capacidad de brindar soluciones certeras a los problemas financieros de las empresas, los cuales el proyecto en comento trae de la siguiente manera:

A. "Un promedio equivalente al 28% de los casos de empresas en reestructuración terminaron en liquidación obligatoria, existiendo un alto riesgo, al igual de lo que ocurría en el proceso concordatario a través de los llamados concordatos liquidatorios, que la Ley 550 fuere utilizada para que deudores y acreedores encubrieran en las reestructuraciones empresas no viables, de manera que la suscripción del acuerdo únicamente postergaba la definición del problema, entre otras cosas, dada la complejidad, lentitud e indefinición que en la práctica caracterizan al proceso liquidatorio en el régimen actual."

B. "En la práctica los acuerdos de reestructuración en la generalidad de los casos las empresas y acreedores han optado por la refinanciación, sin atacar el problema de fondo. El concepto operatividad no ha sido tenido en cuenta, limitándose a reprogramarse el servicio de la deuda (tasas, condiciones, tiempos y formas de pago) a los flujos de caja proyectados por el empresario. Este mecanismo ha llevado a que múltiples empresarios hayan tenido que recurrir a reformas o modificaciones del acuerdo por imposibilidad de cumplimiento del originalmente pactado, por cuanto las condiciones operacionales no variaron y los problemas estructurales continuaban."

C. "Los acuerdos celebrados no atacaron el origen de la crisis de las empresas, por cuanto las fallas observadas en los diferentes elementos que integran la operación de una empresa, tanto con influencia endógena como exógena no fueron contrarrestadas o advertidas, ya fuera por dificultad en consecución de capital de trabajo, adquisición de nueva tecnología, reducción administrativa, reestructuración de deuda, revaluación, devaluación, inflación, malos manejos de los recursos, etc., concentrándose la solución siempre en la refinanciación crediticia o compra de tiempo.

D. "Los acuerdos o fórmulas propuestas deben contener los mecanismos que permitan corregir las deficiencias de los deudores, a través de la reconversión de la empresa, como un concepto de carácter operativo, situación que en el proyecto se le dio relevancia y es tenida en cuenta en varios momentos, a saber:

Proteger el crédito, a diferencia de la ley 550 de 1999 que era el empresario. Si protegemos el crédito adecuadamente, protegemos la empresa y aportarán los recursos necesarios en beneficio de su permanencia y crecimiento.



**Créditos postergados:** Un problema grande en la legislación actual (Ley 222 de 1995) es el que presentan los créditos con empresas vinculadas con el deudor, sus administradores y controlantes o socios, por cuanto cuentan con información privilegiada; por tal razón, el pago de los mismos en la propuesta será postergado. También posterga los créditos de acreedores que intentan pagarse por su propia cuenta con bienes o derechos del deudor<sup>8</sup>.

Así las cosas, con el proyecto de ley se introducen cambios significativos en cuanto a:

1. En el artículo 25, sobre procesos de restitución de bienes arrendados, operacionales y contratos de leasing, se señala que cuando "la causal invocada es la mora en el pago de cánones, precios, rentas o cualquier otra contraprestación correspondientes a contratos de arrendamiento o de leasing", no se pueden iniciar o continuar procesos de restitución de tenencia sobre bienes muebles o inmuebles con los que el deudor desarrolle su actividad operacional, para permitirle seguir desarrollando su objeto social y así evitar el decaimiento de la empresa y por tanto la subvaloración de sus bienes.

La innovación en este punto consiste en que con ésta medida están siendo protegidos los bienes del deudor, al no ser excluidos del comercio. También se mantiene la posibilidad de la negociación de los mismos con la condición de que se informe al comprador de la existencia del proceso de reorganización, previo el cumplimiento de los pasos exigidos en la Ley para estos eventos.

2. En el artículo 45, sobre calificación del riesgo en las entidades financieras y flexibilización de las condiciones de aportes al capital, el proyecto establece que las entidades financieras deben calificar como créditos de categoría "A", en todos los nuevos créditos otorgados, a los empresarios que sean admitidos al trámite de insolvencia. De la misma manera, y en cuanto a los créditos anteriores, ordena que deben obtener esta misma calificación "a partir de la celebración del acuerdo de reorganización y mientras el deudor esté cumpliendo el mismo."

Este artículo también establece unas condiciones más flexibles para la suscripción y pago de nuevos aportes, para la colocación de las participaciones sociales y para la capitalización de acreencias y daciones en pago.

La finalidad del mismo consiste en mantener las provisiones hechas por los bancos cada vez que aprueban un crédito a una empresa que se encuentre en proceso de reestruc-

---

8. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Insolvencia presentado al Congreso por la Superintendencia de Sociedades.



turación para efectos de no hacer más gravosa la situación actual de la misma, ya que puede seguir accediendo al crédito y funcionando.

De esta forma, se busca un verdadero apoyo al sector empresarial. Sin embargo, queda pendiente por definir un respaldo adicional en materia de provisiones a los actuales créditos que fueron desembolsados a empresas bajo la vigencia de la Ley 550 de 1999.

3. En el artículo 46, sobre conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias, se preceptúa que la exigibilidad de las garantías (gravámenes, garantías reales y fiduciarias) queda suspendida desde el momento de la firma del acuerdo, a menos que sea pactado lo contrario dentro del mismo. Dado el incumplimiento del acuerdo, se restablece de pleno derecho la prelación de este tipo de créditos.

4. Por último, el proyecto colombiano recoge la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza aprobada en 1997 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), cuyos objetivos se pueden esbozar así: (i) Cooperación entre Cortes y otras autoridades competentes del Estado y los Estados extranjeros involucrados en casos de insolvencia transfronteriza; (ii) Mayor certeza legal para el comercio y la inversión; (iii) Administración justa y eficiente de los casos de insolvencia transfronteriza, que proteja los intereses de todos los acreedores y otras partes interesadas, incluido el deudor; (iv) Protección y maximización del valor de los bienes del deudor; y (v) Facilitación para la recuperación de empresas con dificultades financieras por medio de la protección de las inversiones y preservando el empleo<sup>9</sup>.

El sistema actual en nuestro país que no cuenta con mecanismos de cooperación y colaboración de las autoridades nacionales con autoridades extranjeras en el evento en que el deudor insolvente tenga bienes y negocios en distintos países, hizo evidente la necesidad de la expedición de una Ley que estableciera y regulara sistemas de información entre los Estados parte de una operación comercial internacional.

Lo anterior, debido a que la tecnología ha permitido que cada vez sea más fácil realizar operaciones fraudulentas por parte de deudores insolventes, que buscan ocultar o transferir bienes a jurisdicciones extranjeras. Como consecuencia de ello, disminuyen las probabilidades de que las acreencias sean satisfechas en su totalidad y de que empresas financieramente viables sean recuperadas a través de procesos de reestructuración.

---

9. "Legislative Guide on Insolvency Law", United Nations Comisión on Internacional Trade Law - UNCITRAL -



El gran número de operaciones fraudulentas hizo necesario el establecimiento de mecanismos legales, que a la luz de los lineamientos de la CNUDMI, permiten administrar de una forma más efectiva, los casos de insolvencia transfronteriza que son de interés de los empresarios nacionales, ya sea en su calidad de deudores o acreedores, puesto que redundan en una mejor percepción en cuanto oportunidades de inversión y comercialización por parte de la comunidad internacional.

Así, Colombia queda dentro del conjunto de países de la comunidad internacional que ya acogieron en su derecho interno el modelo de la mencionada Comisión. La Ley Modelo es un instrumento efectivo para enfrentar la gran cantidad de casos de insolvencia transfronteriza que actualmente se presentan y cuyo número es cada vez mayor.

En todo caso, para efectos del sistema financiero, se tendrían que ajustar los procedimientos actuales de supervisión comprensiva y consolidada de manera que se pueda garantizar, a través de este procedimiento, un tratamiento más ajustado a un contexto globalizado.



# Instalación

de la jornada de contratación pública del Seminario internacional de CNUDMI sobre insolvencia, insolvencia transfronteriza y contratación pública

---

Ximena Peñafort Garcés

---

Viceministra del Interior y Justicia

## Saludo

Para el Gobierno Nacional resulta de la mayor importancia participar en un escenario especializado como el que hoy nos convoca, para abordar un tema de singular actualidad y especial relevancia como el de la contratación pública y su desarrollo en el ámbito jurídico internacional.

Sin duda, la generación de este espacio responde al clamor del Estado colombiano en la búsqueda de mecanismos tendientes a su modernización y eficiencia. Pero, más aún, es coherente con la necesidad de fortalecer los mecanismos legales internos como presupuesto indispensable en la lucha contra la corrupción, como se desprende expresamente del Plan Nacional de Desarrollo.

Es por ello, que Instrumentos multilaterales como la Convención Interamericana contra la Corrupción, precisa dentro de las medidas de prevención contra el fenómeno, la adopción de sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.

Siguiendo este vínculo entre el fortalecimiento de los principios que rigen la contratación pública y la prevención de manifestaciones relacionadas con la corrupción, la Convención de las Naciones Unidas que se ocupa de dicha materia, denominada igualmente la Convención de Mérida, alude de manera concreta al compromiso de los Estados de establecer las medidas necesarias para implementar sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones.

Tales sistemas, señala el Instrumento, deberán abordar, entre otros aspectos:



- a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
- b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;
- c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;
- d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos mencionados;
- e) La adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

Bajo este marco, se encuentra que la Ley Modelo sobre Contratación Pública constituyó el punto de partida de la evolución normativa internacional en contra de la corrupción. A partir de su aprobación en 1994, de manera concomitante a la expedición en nuestro país del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Ley Modelo se convirtió en soporte fundamental de la formulación de las políticas internas de contratación de los países.

Esta Normatividad Modelo, creada con el fin de fomentar la integridad, la confianza, la imparcialidad y la transparencia en el proceso de contratación pública, en procura de mayor economía, eficacia y competencia, ha servido a los Estados de marco de referencia para reformar y modernizar su régimen legal interno, generando de contera el ambiente necesario para impulsar el desarrollo económico de los países.

En este contexto, se resalta el interés de la Comisión, a través de los estudios adelantados en el Grupo de Trabajo, de avanzar en la actualización de la Ley Modelo, en orden a la necesidad de adecuar sus disposiciones y alcance a las nuevas posibilidades que ofrecen los avances tecnológicos.

Con certeza, las deliberaciones concernientes a la utilización de los medios de comunicación electrónicos en la contratación pública; la publicación de información sobre dicha materia; las subastas electrónicas inversas, y las ofertas de precio anormalmente bajo, consolidarán el liderazgo que en la materia ha asumido la Comisión.

En este sentido, Colombia no sólo ha participado activamente en las sesiones del Grupo de Trabajo encargado de la revisión de la Ley Modelo, si no que además en el ámbito



interno avanza en la optimización de las herramientas legales, para lo cual el Gobierno Nacional ha presentado ante el Congreso de la República propuestas de reforma normativa y se encuentra trabajando en la consolidación del Sistema Electrónico de Contratación Pública.

En este punto merece especial mención el contenido de la reforma legal del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que ha sido orientada a dos grandes objetivos:

1. Hacer más eficiente la gestión contractual pública y,
2. Fortalecer la transparencia del proceso contractual

# I. EN EL PROPÓSITO DE HACER MÁS EFICIENTE LA GESTIÓN CONTRACTUAL PÚBLICA EL PROYECTO DE LEY PROPONE:

- ## A. Procesos de selección más sencillos y más rápidos para ahorrar dinero y evitar corrupción, superando el criterio de la división por cuantía:

El ajuste de las modalidades de selección que se propone, permitirá que las entidades puedan adelantar procesos de selección adecuados a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales y así superar el paradigma hoy vigente en nuestra Ley 80 de 1993, conforme al cual la línea divisoria entre un proceso de selección complejo y otro más sencillo debe ser principalmente la cuantía del contrato a realizar.

Entre nosotros, por el sólo hecho de que el proyectado contrato supere una determinada cuantía (arbitrariamente establecida en función del presupuesto de la entidad), se contrata con el mismo procedimiento una gran obra de infraestructura, se adquiere una silla, o se “compra la materia gris de un consultor”. Esta característica de nuestro sistema de regulación nos ha condenado a sufrir largos y costosos procesos de selección que impactan el valor final de los bienes y servicios que se adquieren para el Estado. A ese respecto las experiencias exitosas a nivel internacional, inspiradas entre otras en la Ley Modelo de la UNCITRAL, demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de contar con modalidades de selección que puedan adecuarse a las características del objeto.

En ese orden de ideas, la Licitación Pública será la regla general reservada a los procesos en los que la complejidad del objeto a contratar amerita la larga y cuidadosa ponderación de factores técnicos y económicos de las propuestas.

Por otra parte, se crea la modalidad denominada “selección abreviada”, con la que se podrán adelantar procedimientos de selección que, basados estrictamente en los principios de la contratación pública, permitan de manera ágil la adopción de decisiones de



selección. En esta categoría se recoge la llamada "menor cuantía", así como otros procesos que por su naturaleza o circunstancias deben ser objeto de tratamiento expedito, tales como la defensa y seguridad nacional, prestación de servicios, arrendamiento, etc.

En desarrollo de esta modalidad se introducen mecanismos de contratación que permitirán el aprovechamiento de economías de escala mediante la incorporación de probados instrumentos a nivel internacional (Brasil, Estados Unidos, Inglaterra) y nacional para "extraer valor" del proceso contractual como las subastas a la baja, los instrumentos de compra por catálogo y las bolsas de productos.

Respecto de la experiencia nacional, vale recordar los resultados obtenidos con la utilización de sistemas de conformación dinámica implementados a partir del D. 2170 de 2002, cuya norma de sustento fue suspendida provisionalmente por el Consejo de Estado, por considerar que se trataba de un tema con reserva de ley. En su corta vigencia (cerca de un año), sólo en cinco entidades se han generado ahorros de más de \$ 43.000 millones.

Según cálculos del Departamento Nacional de Planeación, si se toman como base las cifras del CONFIS del valor de los gastos del Sector Público Consolidado en bienes y servicios (excluyendo inversión) que corresponden a \$7,1 billones en 2004 y a esta cifra se le aplica un porcentaje de ahorro promedio conservador de 10%, la masificación de la utilización de la herramienta de subasta podría representar unos \$710 mil millones, una cifra que equivale a 0.3 puntos del PIB.

La introducción y utilización de este tipo de instrumentos tendrá especial impacto en los contratos referidos a la adquisición bienes y servicios de características uniformes y de común utilización, es decir, aquellos que se encuentran asociados al normal funcionamiento de las entidades estatales, por ser de adquisición recurrente y que cuentan con patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

La definición de instrumentos de selección ágiles para este tipo de contrataciones adquiere mayor relevancia si se tienen en cuenta cálculos del Departamento Nacional de Planeación, según los cuales, éstas contrataciones corresponden a más del 85% en número de contratos y al 34% de los presupuestos asignados a las entidades.

La experiencia internacional en esta materia ha permitido la concentración de la estrategia de aprovisionamiento de las entidades públicas en la elaboración de catálogos a cargo del gobierno, en donde tales bienes son descritos de manera neutra, permitiendo la simplificación de los procesos de selección de una gran cantidad de objetos contractuales de aprovisionamiento.



En otra de las causales de esta modalidad, se propone un ajuste en el procedimiento de selección de consultores y en general en la contratación de servicios especializados con alto contenido de trabajo intelectual, en atención a la urgente necesidad de superar la tendencia que tanto daño ha hecho a la industria de la consultoría nacional, de evaluar las ofertas de "materia gris" con base en el precio, lo que ha llevado a pauperizar el ejercicio de las disciplinas intelectuales y a deteriorar la calidad del servicio que reciben las entidades estatales a este respecto, dentro de los que se puede citar como ejemplo el diseño y la interventoría de obra, razón por la cual en la reforma se sientan las bases para que las entidades contraten las mejores ofertas privilegiando las condiciones técnicas de la propuesta y de experiencia y formación del oferente.

La "contratación directa", que se identifica en el imaginario colectivo con el capricho del ordenador del gasto, se reduce a su mínima expresión, haciéndola utilizable sólo ante la urgencia manifiesta, el contrato de empréstito y los llamados "contratos interadministrativos".

En conclusión, será la agilidad y simplicidad de los procesos, la mejor garantía de la probidad en el manejo de los recursos públicos involucrados. La eficiencia en el uso de tan cuantiosos recursos aparece no sólo como una medida por el buen gobierno, para convertirse en un imperativo moral en tiempos de restricción fiscal.

B. Se amplía la gama de garantías que pueden ser usadas en la contratación pública

Atendiendo a las dificultades existentes en la actualidad en el mercado asegurador y a las continuas trabas a que se vienen enfrentando tanto entidades como proponentes para acceder a las pólizas de amparo de cumplimiento de los contratos, parece más que necesario repensar el esquema actual de garantías, razón por la cual en el proyecto de ley se asigna al Gobierno Nacional la tarea de reglamentar la materia dentro de un esquema que abra espacios para las diferentes modalidades de garantía existentes a nivel legal y a la posibilidad de dividir el otorgamiento de la garantía, bien sea, por las diferentes etapas del contrato o por los riesgos en él involucrados.

C. Se elimina la garantía de utilidad para los contratistas y se sustituye por una adecuada distribución del riesgo en la que participan los proponentes.

Se erige como regla general para la adecuada marcha de los contratos, la repartición de los riesgos, para lo cual se asigna a las entidades la obligación de incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, la estimación y tipificación de los riesgos previsibles involucrados en su desarrollo y la asignación de los mismos en cabeza de la entidad y del contratista y para el caso de los procesos de licitación pública, la determinación de una etapa dentro del procedimiento de selección anterior a la entre-



ga de propuestas en la que dicha asignación pueda ser revisada y ajustada con los oferentes.

- D. Se abre la posibilidad de maximizar el impacto socio-económico de la contratación al prever programas de apoyo a pequeñas empresas y a sectores vulnerables.

En consecuencia el proyecto de ley fija los lineamientos generales para la toma de medidas que promuevan la contratación con la pequeña y mediana empresa, en el propósito de hacerla más competitiva y fortalecer su desarrollo. Esta previsión resulta consistente con la reserva acordada dentro del capítulo de contratación pública del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, que reserva para nuestras MIPYMES toda contratación hasta 125.000 dólares, lo que tendrá como efecto proteger alrededor del 20% del valor de toda la contratación pública para estimular nuestra estructura productiva.

- E. Se crea el Sistema Electrónico de Contratación Pública:

La creación de este sistema conlleva la utilización de las herramientas ofrecidas por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para sustentar la formulación de los mecanismos e instrumentos necesarios para la celebración de los contratos de las entidades a través de la Internet.

Sin duda, el uso de herramientas tecnológicas a través de este sistema apoyará la selección objetiva y la celebración de contratos estatales y hará más fácil el desarrollo de los principios de transparencia y eficiencia para la contratación estatal, de manera que en un futuro no muy lejano se abrirán las puertas para que el sector público colombiano entre a los mercados digitales aprovechando sus beneficios, ahorros y bondades.

- F. Definición de principios orientadores de la actividad contractual de Empresas Industriales y Comerciales del Estado y en general de entidades que compitan en el mercado con los particulares:

En tal sentido, en el proyecto se señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En consecuencia, el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma en aras de su competitividad, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.



## II. EN EL PROPÓSITO DE FORTALECER LA TRANSPARENCIA DEL PROCESO CONTRACTUAL, EL PROYECTO DE LEY PROPONE:

### A. Democratizar la contratación

Este propósito se logra de una parte, prohibiendo el cobro de los pliegos de condiciones y de otra, poniendo requisitos mínimos de entrada que eviten el direccionamiento de los procesos de selección, mediante la reformulación del deber de selección objetiva.

Pieza fundamental de la apuesta que hace el proyecto por la obtención de los objetivos de eficiencia y transparencia en la gestión contractual pública, se encuentra en la reformulación del contenido del deber de selección objetiva con el objeto de que la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos, de forma que las condiciones del proponente (capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia) no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento; es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso ("pasa, no pasa").

Esta separación de las condiciones del proponente de las de la oferta busca evitar el direccionamiento de los procesos desde los propios pliegos de condiciones, acompañado de un elemento de vital importancia para la materialización de la estrategia, que está referido a la reforma al Registro Único de Proponentes, de manera que sea ese el único sitio en el que las condiciones mínimas de participación se acrediten, dándole valor agregado al esfuerzo ya realizado por el administrador del registro, que no se aprovecha en toda su extensión por una evidente miopía de la regulación vigente.

De lograrse los cometidos de la reforma, las entidades públicas se verán por fin liberadas de tener que examinar el detalle de las interminables resmas de papel que acompañan hoy las ofertas, conteniendo las certificaciones de experiencia del proponente y de su equipo de trabajo, los estados financieros de los últimos años, toda clase de indicadores, etc. Sobra decir que esta sola medida reducirá considerablemente los tiempos del proceso de selección y los precios finales de los bienes o servicios que se adquieran, en la medida en la cual el proponente no tendrá que cargar más con este costo asociado a la participación en cada proceso de selección, sino que deberá mantener actualizada la información pertinente en el respectivo registro.

### B. Se consagran a nivel legal medidas adoptadas reglamentariamente por el decreto 2170, orientadas al fortalecimiento de la transparencia y de la planeación de los procesos contractuales.

Dentro de estas medidas, se encuentra la consagración a nivel legal de la publicación de prepliegos contenida hoy en el D. 2170 de 2002, que se complementa con la



publicación de los estudios previos de base para la formulación de los procesos de selección, en el propósito de evitar el direccionamiento de los procesos de selección y permitirle a la entidad, a partir de las observaciones presentadas por los interesados en el proceso de selección, perfeccionar la estructuración del negocio contractual, a lo que se suma la imposibilidad de modificar las condiciones esenciales del contrato inicialmente planteado, con el objeto de dar mayor seguridad a los eventuales oferentes,

De igual manera, se eleva a rango legal la posibilidad de sanear las propuestas por errores que no alteren los puntajes y se hace obligatoria la realización de audiencias públicas de adjudicación en los procesos de licitación pública, lo que sin duda alguna fortalecerá el seguimiento y control de las decisiones de adjudicación de las entidades y se convertirá en una verdadera garantía para la obtención de respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación por los oferentes.

C. Se acaba la contratación directa con cooperativas de entidades territoriales

En el propósito de hacer más transparente la contratación en el proyecto de ley se dispone la vinculación de las administraciones públicas cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, con el fin de acabar con la práctica de estas entidades que valiéndose de las ventajas que comporta para la selección y entrega de recursos tener el carácter de entidad estatal por vía de los llamados convenios interadministrativos y a pesar de no contar con la idoneidad y experiencia requerida para la ejecución de contratos, se han venido convirtiendo en los grandes contratistas del Estado, en especial a nivel territorial.

D. Se extiende el régimen de inhabilidades e incompatibilidades a toda actividad contractual con dineros públicos, sin importar su régimen (empresas de servicios públicos, empresas industriales y comerciales, etc).

Como complemento de las medidas tomadas respecto de la orientación de la actividad contractual de las entidades públicas cuyo objeto esté relacionado con actividades financieras y comerciales en general, se consagra como principio general el sometimiento al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.

En síntesis, este encuentro reviste para Colombia trascendental importancia. Con certeza, las conclusiones que al final de la jornada arroje el evento, serán de invaluable utilidad en el proceso de optimización de las medidas legislativas y operativas tendientes a dar plena aplicación a los principios que rigen la contratación pública.

Gracias



# La Ley Modelo de Uncitral sobre contratación pública de bienes, obras y servicios frente a la Ley 80 de 1993

Anotaciones sobre el proceso de reforma de ambos instrumentos

---

Gonzalo Suárez Beltrán

---

Ex viceministro de Justicia. Consultor Gerente, Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP. Socio SUÁREZ BELTRÁN & ASOCIADOS – Abogados Consultores.

Como miembro<sup>1</sup> del Grupo de Trabajo I de la UNCITRAL que en la actualidad revisa la "Ley Modelo sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios", es muy grato darle la bienvenida a mi país al distinguido grupo de funcionarios de la Secretaría Técnica que hoy nos acompañan en esta reflexión, la cual habrá de versar no sólo sobre el contenido y alcance de los trabajos de esta Comisión de la Organización de las Naciones Unidas sobre la materia, sino también sobre su impacto en la estructura normativa colombiana presente y en los esfuerzos de modernización de nuestro Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993) que en la actualidad se pretenden materializar a través del proyecto 020 de 2005 Senado.

Las notas que a continuación proceden, buscan concentrarse en analizar ese influjo.<sup>2</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional UNCITRAL (o CNUDMI por su abreviatura menos conocida en español), fue creada por la Asamblea

- 
1. El autor forma parte del Grupo de Trabajo I de la UNCITRAL en calidad de experto designado por el Gobierno de Colombia, y se ha desempeñado como "rapporteur" del mismo durante su octava sesión (Viena, 7 al 11 de noviembre de 2005).
  2. El autor agradece la colaboración en la elaboración de este documento de ROBERTO LAGUADO GIRALDO, consultor del Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP.



General de las Naciones Unidas mediante Resolución Nº 2205 de fecha 17 de diciembre de 1966, con el objeto de reducir e, inclusive, eliminar los obstáculos regulatorios al comercio internacional, que limitaban el acceso a los mercados, y que se evidenciaban a través de la disparidad entre las legislaciones nacionales que regulaban el comercio internacional. Bajo esos parámetros, se le asignó la misión de fomentar e impulsar la unificación progresiva del derecho mercantil internacional. Con el tiempo, han sido varios los temas que han sido objeto de revisión y armonización por parte de la Comisión y que han culminado en la redacción consensuada de Leyes Modelo<sup>3</sup>. A estas últimas se les ha definido como "instrumentos indirectos de uniformidad", en tanto que careciendo de valor normativo y por ende no obligando a los Estados a integrarlas en sus ordenamientos jurídicos, recogen la visión común y calificada de expertos en aras de incentivar el propósito unificador. En ese sentido las leyes modelo proponen regulación y evidencian buenas prácticas dentro del estado del arte de la cuestión regulada, convirtiéndose en icono para los Estados a la hora de ejercer sus propias potestades regulatorias.

Sin duda, la incorporación de Leyes Modelo en los ordenamientos locales acelera el proceso de convergencia de los ordenamientos nacionales, en pos de la construcción de la arquitectura jurídica del mundo globalizado. En ese sentido, reducen costos de transacción en que deben incurrir los sujetos económicos cuando intentan entrar en mercados extranjeros y mejoran la calidad de las instituciones jurídicas de los países que las adoptan<sup>4</sup>. Por supuesto tales beneficios sólo se perciben si la adaptación de la Ley Modelo de que se trate se adecua al contexto local, teniendo en cuenta la interdependencia de las normas locales entre sí y las diferentes circunstancias sobre las que están llamadas a operar.<sup>6</sup>

La Ley Modelo de Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, fue aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 27º periodo de sesiones del año 1994, en fecha posterior a la expedición del actual Estatuto General de Contratación que rige a Colombia, la Ley 80 de 1993. No obstante lo anterior, como se verá, ambas comparten una estructura y contenido similar, circunstancia

3. Insolvencia Transfronteriza, Transferencias Internacionales de crédito, Comercio electrónico, Arbitraje Comercial, Firmas digitales, Conciliación Comercial Internacional
4. PISTOR, Khatarina. The standarization of law and its effects in developing economies. The American Journal of Comparative Law. Vol. 50. No.1. Winter 2002. P.97
5. Ibidem.
6. Ibidem.



que tal vez se explique tanto por el hecho de haber sido parte activa Colombia del grupo de trabajo que por aquél entonces redactó la Ley Modelo en un lapso de un par de años, como porque ambas pretendieron reflejar el avance del estado del arte de su tiempo. En ese sentido no es sorprendente tampoco, que ambas (la Ley Modelo y la Ley 80) estén por estos días en proceso de revisión en función de ponerlas a tono con los tiempos que corren. No obstante esa simetría, como se verá, existen algunas diferencias significativas que permiten afirmar que en su textura actual, la Ley Modelo sigue siendo un punto de referencia importante en la deliberación sobre la reforma a nuestra Ley 80 de 1993.

Bajo esas consideraciones, este documento pretende hacer un paralelo entre la Ley Modelo de Contratación de Bienes, Obras y Servicios y la Ley 80 de 1993, al tiempo que evocar las oportunidades que para Colombia se abren en el proceso de reforma a esta última, para el que la Ley Modelo y su actualización sirven de faro. En la primera sección se evalúan vis a vis las características fundamentales de cada una de ellas; en la segunda, se comparan sus métodos de contratación; en la tercera se describen los avances propuestos para ambas leyes en materia de uso de medios electrónicos en la contratación pública, y, en la cuarta, se proponen algunas conclusiones para el lector.

## II. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA LEY MODELO DE UNCITRAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS EN FRENTE DE LAS DE LA LEY 80 DE 1993

### A. Los objetivos comunes

Tanto la Ley Modelo de Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios como la Ley 80 de 1993 buscan ser claras en establecer los objetivos que persiguen en relación con la contratación pública. Por su parte, la Ley Modelo<sup>7</sup> pretende sentar reglas a través de las cuales se asegure que en la actividad contractual se dé un trato equitativo a los proveedores y contratistas que se presenten (sin distinguir su nacionalidad) a un concurso público de contratación; fomentar la rectitud, la equidad y la confianza del público; promover al máximo la competencia entre proveedores; aumentar la

7. Preámbulo. Ley Modelo UNCITRAL de Contratación Pública de bienes, obras y servicios y Guía su incorporación eventual al derecho interno. (1994). Naciones Unidas. Nueva York. 1995. Pág. 1.



transparencia y la objetividad; todos ellos, "aspectos necesarios para fomentar la economía y la eficiencia de la contratación para evitar abusos"<sup>8</sup>.

A su turno, la Ley 80 de 1993 establece un catálogo de principios que responden a objetivos congruentes con los señalados en la Ley Modelo. Es así como el Título II de la Ley 80 de 1993 denominado "De los Principios de la Contratación Estatal" establece en su artículo 23 que...

"Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia<sup>9</sup>, economía<sup>10</sup> y responsabilidad<sup>11</sup> y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo."

Al lado de esta enunciación de principios, los procedimientos de selección del contratista están sometidos al deber de selección objetiva<sup>12</sup>, al principio de libre concurrencia e igualdad<sup>13</sup>, por virtud de los cuales surgen, entre otras, la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas del pliego de condiciones. Adicionalmente, la actividad contractual debe consultar los principios de la buena fe y equilibrio propio de los negocios conmutativos pero en este caso amparado bajo las especiales consideraciones de la teoría del "colaborador de la administración", tal cual lo dispone el artículo 28 de la Ley 80 de 1993. Finalmente, todos los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal<sup>14</sup> hacen también parte integral de la regulación de la contratación pública.

---

8. Ibidem. Pág. 52.

9. Artículo 24 Ley 80 de 1993.

10. Artículo 25 Ley 80 de 1993.

11. Artículo 26 Ley 89 de 1993.

12. Artículo 29 Ley 80 de 1993.

13. Artículo 28 Ley 80 de 1993. Véase, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-00261-01(13416)

14. Artículos 209 y 267 de la Constitución Política.



Ahora bien, al analizar el contenido normativo tanto en la Ley Modelo de UNCITRAL como en la Ley 80 de 1993, es evidente que ambas desarrollan mayoritariamente un sinnúmero de reglas tendiente a introducir mayor transparencia a la contratación pública, marcando un desequilibrio evidente en relación con las destinadas a los restantes propósitos. Tal vez el sustento para ello se deba a que el evento que presenta la mayor conexión entre el sector público y el privado es precisamente el de la contratación pública<sup>15</sup>. En ese sentido, ambas regulaciones caen en el anacronismo de identificar mayor cantidad de trámites como menor corrupción. No por casualidad entonces, los procesos de reforma de ambas se están ocupando de introducir mecanismos que permitan generar una mayor eficiencia en la ejecución del gasto público, como es el caso de las subastas inversas<sup>16</sup>, que con el apoyo de la tecnología logran una mayor transparencia reduciendo considerablemente los trámites y los tiempos del proceso de selección. En ese sentido los vientos de cambio también se empiezan a preocupar por eliminar barreras centenarias, como las publicaciones en diarios y el requisito de llevar al papel todas y cada una de las actuaciones de la administración, buscando la flexibilización de las formas y ritos del rígido procedimiento contractual a través del uso de mecanismos de comunicación electrónica.

De otro lado, debe resaltarse que la Ley Modelo, aunque tímidamente, desarrolla un conjunto de reglas para que los Estados que la incorporen puedan utilizar la contratación pública para fomentar y desarrollar económicamente sectores incipientes de sus economías (Art. 34. 3. c.iii), al paso que la Ley 80 de 1993 ignora completamente el hecho de que la contratación pública es una actividad económica que representa un promedio del 11.13%<sup>17</sup> del PIB en nuestro país<sup>18</sup>, lo que puesto en contexto resulta similar a la participación en nuestra economía de la industria manufacturera y de la agricultura. En ese sentido debe saludarse con beneplácito, el que la reforma en curso

15. OECD. Report on the "Global Forum on Governance – fighting corruption and promoting integrity in PP", 29-30 November 2004, Paris. Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/11/18/34340364.pdf>. Abril 4 de 2005, 22:00 p.m.

16. Supra 1.5.

17. Dato calculado para el año 2002 en el Conpes 3249 del 20 de octubre de 2003. Datos para el 2004 estimados por el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP ubican esa cifra en 11.9%.

18. Entre el 10 y el 12% del PIB en los países de la OECD. OECD. DIRECTORATE FOR FINANCIAL, FISCAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMMITTEE ON COMPETITION LAW AND POLICY Competition Policy and Procurement Markets. Consultada Mayo 7 de 1999. 22:47. [.http://www.oecd.org/dataoecd/35/3/1920223.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/35/3/1920223.pdf). April 4th 2005,



en el Congreso de la República, haya incorporado normas que buscan estimular la generación de riqueza a través de la contratación pública con MIPYMES, de forma que sin sacrificar la calidad y oportunidad del aprovisionamiento del Estado, sea posible inyectar recursos a nuestro naciente sector productivo. En esa misma dirección, la reserva pactada a favor de las mismas en el capítulo de contratación pública con los Estados Unidos apunta al mismo objetivo.<sup>19</sup>

## B. Contenido básico

La Ley Modelo responde a este respecto a la idea de aprovisionamiento o "procurement", al paso que la Ley 80 de 1993 pretende englobar todo objeto contractual. En ese sentido, la ley modelo solo establece reglas relativas a la contratación de bienes, obras y servicios.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 regula cualquier acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere ese Estatuto en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.<sup>20</sup>

Ahora bien, tan amplio espectro de aplicación contenido en la Ley 80 de 1993 a todos los objetos contractuales no es tan afortunada como parece. Si bien la eliminación de la distinción de contratos administrativos y de derecho privado de la administración fue un gran avance en la medida en que unificó la dispersión normativa y las diferentes posturas jurisprudenciales que al respecto se suscitaron con ocasión de la expedición del Decreto 222 de 1983, generó igualmente una aplicación indiscriminada de principios de contratación pública a actividades contractuales que conceptualmente deben funcionar bajo diferentes premisas.

En ese sentido, nuestra Ley 80 tiene el efecto de cobijar bajo los mismos principios el típico contrato de aprovisionamiento, para satisfacer la necesidad de bienes, obras o servicios de la entidad pública contratante, con aquel que pareciéndose más a una licencia, recae por ejemplo sobre la explotación de un recurso natural, en donde el interés del Estado y del particular recae en su explotación económica. Tiene por ejemplo sentido la aplicación de cláusulas exorbitantes o del principio de equilibrio económico de los contratos en este tipo de objetos? No lo creo. En ese sentido la reforma a la ley 80 debe aprovecharse para solucionar esta dificultad.

19. El autor se desempeñó como miembro del equipo negociador del respectivo capítulo del TLC

20. Artículo 32 Ley 80 de 1993.



Así mismo, en su afán ecuménico, la Ley 80 incluyó la contratación de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta, deformando de esta manera su régimen y propósito. En efecto, si las mismas están llamadas a interactuar en el mundo de la intermediación de los bienes y de los servicios y si para tal efecto el legislador comercial quiso ponerlas en pie de igualdad con los particulares con quienes compiten, no tiene sentido que se les considere cobijadas por el Estatuto Contractual Público. Ellas ni cumplen función pública, ni su propósito es el de aprovisionarse para cumplir ese tipo de labores. El Congreso de la República tendrá prontamente la responsabilidad de debatir nuevamente este tema durante el segundo debate al Proyecto de Ley 020 de 2005 Senado, en el que se ha pretendido corregir esta impropiedad, señalando entre otras cosas que si bien la misma no ocurre en relación con las entidades financieras públicas, no hay razón que justifique este tratamiento en relación con estos entes que, aunque de capital y origen estatal, persiguen propósitos de mercado.

En materia del procedimiento de contratación y sus fases, la Ley Modelo establece reglas sobre la etapa precontractual, esto es, enuncia los procedimientos que habrán de aplicar las entidades adjudicadoras para seleccionar al proveedor o contratista al que vayan a adjudicar algún contrato<sup>21</sup>. En ese sentido, no señala reglas sobre el cumplimiento, ejecución, administración del contrato, solución de controversias o responsabilidad del contratista, esperando que sea cada Estado promulgante el que defina el marco legal y reglamentario que se ocupe de tales aspectos.

En la octava sesión del grupo de trabajo sobre contratación pública de UNCITRAL, el ámbito de aplicación de la Ley Modelo fue objeto de discusión y aunque se decidió postergar el debate para futuras sesiones, se planteó la idea de ampliar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo de forma que regulase aspectos de las fases de planeación y administración del contrato.<sup>22</sup>

Al apoyar la conclusión antedicha en la última sesión del Grupo de Trabajo, argumentamos que en nuestro criterio es claro que no se puede exigir que una Ley Modelo aborde absolutamente todos los aspectos normativos de un tema, no obstante lo cual debe

21. Ley Modelo UNCITRAL de Contratación Pública de bienes, obras y servicios y Guía su incorporación eventual al derecho interno. (1994). Naciones Unidas. Nueva York. 1995. Pag. 53

22. Report of Working Group I (Procurement) on the work of its eighth session. (Vienna, 7-11 November 2005). United Nations Commission on International Trade Law. Thirty-ninth session New York, 19 June-7 July 2006.



hacerse notar que, dado su propósito de estimular la armonización como vehículo para la globalización del mercado de la contratación pública, las barreras de entrada al mismo no solo se encuentran en el procedimiento de selección. Así, los mecanismos de solución de controversias, la forma en que los Estados ejecutan los contratos, la velocidad de los jueces al resolver un conflicto, son barreras que determinan estímulos o no a los inversionistas extranjeros.

A diferencia de la Ley Modelo, la Ley 80 de 1993 se ocupa no sólo de la fase precontractual de selección del contratista, sino que también desarrolla las fases contractual y postcontractual, a través de reglas generales. En ese sentido el legislador colombiano del 93 se concentró en gran medida en la etapa precontractual, para lo cual dispuso numerosas reglas que, desde la óptica de los principios que proclama, regulan los procedimientos de selección de licitación y contratación directa, así como incorporan diversas normas sobre la participación de los proponentes, tales como las causales de inhabilidad e incompatibilidad, el funcionamiento del registro de proponentes y los deberes de los contratistas en su carácter de "colaboradores de la administración". Respecto de la fase contractual, regulada en menor proporción, se hizo un reenvío al derecho privado evocando en buena hora el postulado de la autonomía de la voluntad, al tiempo que se establecieron formalidades para la celebración y perfeccionamiento del contrato, para el ejercicio de potestades excepcionales a través de las cláusulas exorbitantes, para la liquidación del contrato, y, en lo que hace a la fase postcontractual, se señalaron criterios de responsabilidad contractual y se estableció el régimen de garantías.

La agenda de la reforma a la Ley 80 a este respecto, busca que la gerencia contractual se base en una mejor distribución de riesgo, fundamentada tanto en estudios técnicos previos más exigentes, como en involucrar a los proponentes en la revisión de esa distribución, a efecto de evitar que la aplicación del equilibrio económico de los contratos se lleve a situaciones en las que se tome ventaja de una débil estructuración de los pliegos. En ese sentido el Gerente contractual público tendrá en sus manos un soporte más adecuado para lidiar con las contingencias propias del devenir de los contratos complejos, los que, como la teoría económica enseña, tienden a ser incompletos.<sup>23</sup>

23. Cfr. Segal, Ilya (1999) Complexity and renegotiation: a foundation for incomplete contracts, "Review of Economic Studies", 66, 1999, pp. 57 – 82. Maskin, Eric; Tirole, Jean (1999) Unforeseen contingencies "Review of Economic Studies", 66, 1999, pp. 83 – 114. Coase, Ronald (1994) La empresa, el mercado y la ley (Madrid: Alianza, 1994), Cap. 2 La naturaleza de la empresa, pp.33-49. Posner Eric, Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 146 (2d Series), (University of Chicago, IL, 2002)



### C. La promoción a la participación internacional en los procesos de contratación

Dentro de los objetivos señalados en el preámbulo de la Ley Modelo se encuentra la no discriminación entre proveedores y contratistas, un tratamiento justo y equitativo entre ellos, en búsqueda de la apertura de mercados y de la promoción del comercio internacional. Señala en su artículo 6.5 que "la entidad adjudicadora no establecerá criterio, requisito ni procedimiento alguno para la evaluación de la idoneidad de los proveedores o contratistas que discrimine contra o entre ellos o contra ciertas categorías de ellos en razón de la nacionalidad o que no sea objetivamente justificable" (Subrayas ajenas al texto original). Esta regla, que promueve la no discriminación, se complementa con la establecida en el artículo 8.1 que establece que sólo en casos excepcionales, y con sustento legal, las entidades adjudicadoras podrán limitar la participación de contratistas extranjeros dentro de procedimientos de contratación. En ese sentido, la norma citada establece que "Los proveedores o contratistas podrán participar en los procesos de contratación sin distinción por razones de nacionalidad, salvo en los casos en que la entidad adjudicadora decida, por motivos especificados en las normas que rigen la contratación pública o de conformidad con otras normas legales, limitar la participación en el proceso de contratación por razones de nacionalidad." Con esta previsión, la Ley Modelo busca evitar que se restrinja excesiva o arbitrariamente la participación extranjera y limitándola solo en casos objetivos y con soporte en normas que rigen la contratación pública.

La Ley Modelo también autoriza, cuando medie norma legal al respecto, la inclusión de márgenes de preferencia (Art. 34.4 d) y 39.2) a favor de proveedores y contratistas locales. Este instrumento, útil para los países en desarrollo, permite neutralizar los efectos nocivos que pueden generar la apertura de mercado en contra de sectores industriales débiles que requieren de la protección de las autoridades públicas. Para evitar que la llegada de contratistas extranjeros perjudiquen el desarrollo de sectores incipientes o débiles, la Ley Modelo permite que las entidades contratantes otorguen un margen de preferencia en la evaluación de las propuestas al favorecer a los proveedores locales que logren acercarse a las ofertas de proveedores extranjeros que por su nivel de desarrollo suelen ser más competitivas que las locales. Cuando la oferta local se equipare a la extranjera, dentro del margen de preferencia, les será adjudicado el contrato. Así se logra concurrencia internacional sin desmedro de la industria local.<sup>24</sup>

24. También se establece como regla general que en todos aquellos procesos en que se involucre la participación de proponentes extranjeros, la descripción de los bienes, obras o servicios a contratar sea lo más esquemática posible, de tal forma que se garantice la igualdad de condiciones y la misma base de información para la presentación de las propuestas.



El esquema de participación internacional en el régimen de contratación pública colombiano opera bajo la regla de la reciprocidad pero establece preferencias a los oferentes de bienes o servicios nacionales. En ese sentido, la Ley 80 de 1993 estableció en su artículo 20 que siempre que exista reciprocidad de trato comercial entre el país de origen del proveedor extranjero y Colombia, a aquel se le otorgará trato nacional. De lo contrario, en caso de empate, se preferirán las ofertas de bienes o servicios nacionales. Esa preferencia vino a ampliarse en la Ley 816 de 2003 al señalar esta en su artículo 2º que las entidades colombianas asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10%) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales. Continúa la norma señalando que tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5%) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos, para terminar precisando que si terminada la etapa de calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional. Esta última medida corresponde al margen de preferencia establecido en la Ley Modelo de UNCITRAL.

#### **D. Marco Institucional: la recomendación de contar con un ente rector**

En sus artículos 12º, 15º, 19º, 20º, 21º, 22º, 54º, la Ley Modelo sugiere la intervención de un organismo estatal autónomo y diferente de la entidad adjudicadora, que cumpla funciones supervisoras y aprobatorias de algunas decisiones en desarrollo del proceso contractual. A ese propósito, la Guía para la Incorporación de la Ley Modelo al Derecho Interno señala la estructura administrativa requerida para darle aplicación a la Ley Modelo y sugiere encomendar las siguientes funciones a un organismo estatal independiente:

- "a) Supervisar la aplicación general de las normas legales y reglamentarias de la contratación pública. Cabría citar a este respecto la labor de promulgar un reglamento de la contratación pública, controlar la aplicación de las normas legales y reglamentarias de la contratación pública, hacer recomendaciones para su mejora y emitir dictámenes para su interpretación. En algunos casos, por ejemplo en contratos de elevado valor, cabría habilitar a ese órgano para examinar el proceso de contratación a fin de cerciorarse de su conformidad con la Ley Modelo y el reglamento de la contratación pública, como condición previa para la validez del contrato.
- b) Racionalizar y normalizar los trámites y prácticas de la contratación. Cabría citar a este respecto la labor de coordinar la contratación efectuada por las entidades adjudicadoras y de preparar documentos,



especificaciones y condiciones contractuales normalizadas.

- c) Supervisar la contratación y el funcionamiento del régimen legal y reglamentario de la contratación desde la perspectiva más amplia de la política general del Estado. Para ello tal vez sea preciso examinar las consecuencias del contrato ofrecido en la economía nacional, asesorar acerca del impacto probable de determinados contratos sobre los precios y otros factores económicos y comprobar la conformidad del contrato con los programas y políticas nacionales. Cabría encomendar a esa autoridad que dé su visto bueno a determinado contrato antes de iniciarse el proceso de contratación.
- d) Formar al personal encargado de la contratación. Cabría encomendar además a ese órgano la formación del personal encargado de la contratación y demás funcionarios que participen en la administración del sistema de contratación.<sup>25</sup>

Previendo las distintas formas de las estructuras administrativas y jurídicas de los Estados, así como el ejercicio de los controles a que está sujeta la contratación estatal, la Ley Modelo reconoce que es competencia de cada Estado organizar su marco institucional de contratación pública y acomodarlo dentro de las previsiones de la Ley Modelo.

En el caso de Colombia, el marco institucional de contratación pública fue recientemente modificado a través del Decreto 3620 de 2004 que estableció la conformación de la Comisión Intersectorial de Contratación Pública, CINCO<sup>26</sup>. Esta Comisión establecida en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 489 de 1998, pretende la coordinación y orientación superior de la política de contratación pública en Colombia. En la medida en que las Comisiones Intersectoriales se establecen para la ejecución de ciertas funciones y servicios públicos cuando por mandato legal en razón de sus características están a cargo de dos o más ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas, sin perjuicio de las competencias específicas de cada uno de ellos, la figura permite lograr el objetivo buscado. En efecto, la contratación pública, entendida como tarea transversal del conjunto de la administración pública, aparece entonces como paradigma de la clase de tareas para las cuales se creó la figura de las comisiones intersectoriales, habida cuenta de la necesidad de buscar la adopción de criterios uniformes en la aplicación del marco normativo común, pero también de la conveniencia

25. Ibidem. P. 63.

26. [http://www.contratos.gov.co/portal/page?\\_pageid=35,1128,35\\_27138&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://www.contratos.gov.co/portal/page?_pageid=35,1128,35_27138&_dad=portal&_schema=PORTAL)



de aprender de las mejores prácticas de una disciplina que se repite de una entidad a otra sin que existan vasos comunicantes que permitan hacer colectivo el conocimiento adquirido.

Varias de las funciones que UNCITRAL propone para el órgano rector descrito en la Guía para incorporar la Ley Modelo le fueron atribuidas a CINCO de conformidad con el Artículo 4 del Decreto 3620 de 2004, principalmente las orientadas a velar por la síntesis de la producción normativa y la tarea de generar estándares administrativos de buenas prácticas. Otras, como el control previo de legalidad no le fueron asignadas, debido a que son ejercidas por cada entidad contratante, tales como decidir en vía gubernativa los recursos presentados contra las decisiones de la administración, o el ejercicio de la supervisión de los contratos. Tampoco se le atribuyeron aquellas que pertenecen a distintos órganos de la estructura del Estado colombiano, como por ejemplo la función de capacitar a los funcionarios encargados de la contratación que, en principio, le correspondería al Departamento Administrativo de la Función Pública, o la de ejercer el control de la legalidad de las actuaciones que es competencia de los jueces y las autoridades de control. Las funciones asignadas a la CINCO son las siguientes:

- a) Preparar y someter a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, los documentos relacionados con la política de contratación de la Administración Pública.
- b) Elaborar y coordinar anteproyectos de ley sobre contratación pública que sean preparados por las distintas entidades del Gobierno Nacional y conceptuar sobre los presentados por otras instancias.
- c) Elaborar anteproyectos de decretos, órdenes y directivas en materia de contratación para someterlos a consideración del Gobierno.
- d) Adelantar las gestiones necesarias para unificar la reglamentación en materia de contratación.
- e) Diseñar los parámetros que deberán seguir las entidades públicas para la optimización y uso eficiente de los recursos públicos involucrados en la contratación.
- f) Diseñar herramientas de gestión de la Contratación Pública.
- g) Proponer estudios técnicos, pliegos y procesos de selección tipo.
- h) Desarrollar modelos contractuales, de operación y de control a la interventoría del contrato público.
- i) Recomendar las medidas, acciones o procesos tendientes a reducir los costos de transacción, y satisfacer de manera oportuna la demanda pública de bienes y servicios.
- j) Diseñar las metodologías de normalización de procesos y procedimientos de contratación de las entidades, con el objeto de hacerlos más ágiles y expeditos, reducir los costos de transacción y



satisfacer de manera oportuna la demanda pública de bienes y servicios.

- k) Definir los aspectos funcionales que debe considerar la Agenda de Conectividad para la operación del Sistema Integral de Contratación Electrónica; establecer los parámetros y reglas funcionales generales para la integración del Sistema con otros sistemas de información relacionados con la contratación de las entidades públicas; definir la entidad encargada de la operación tecnológica del Sistema y las reglas a las que deberá sujetarse; identificar las entidades públicas que deberán utilizar el Sistema y recomendar los mecanismos a utilizar para la financiación de la operación del Sistema.
- l) Tendrá a su cargo la formulación de los parámetros para la capacitación de los funcionarios públicos en procura de la eficiencia y la transparencia de la contratación pública.
- m) Darse su propio reglamento."
- n) Las demás necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la Comisión Intersectorial de Contratación Pública"

A pesar entonces de que el órgano rector de contratación pública colombiano, CINCO, cumple funciones limitadas a la dirección general y elaboración de política pública contractual, y no se extiende a la posibilidad de intervenir directa y activamente en los procesos de contratación<sup>27</sup>, su creación evidencia el influjo de la Ley Modelo de la UNCITRAL y del entorno internacional en la materia, sobre la nueva textura regulatoria e institucional de la contratación pública en Colombia.

#### E. Las "vías de recurso" en la Ley Modelo, en frente de las vía gubernativa en Colombia

La Ley Modelo y la Ley 80 de 1993 contemplan (ésta última haciendo un reenvío al procedimiento administrativo general establecido en el Código Contencioso Administrativo), la posibilidad de interponer recursos en vía gubernativa ante las entidades contratantes con ocasión de inconformidades respecto del proceso de contratación. Con todo, el ejercicio del derecho de defensa por parte de los proveedores o contratistas ha sido regulado de manera distinta en cada una de las Leyes.

27. Supra. 1.5. Esta autoridad administrativa también es competente para resolver los recursos de revisión jerárquica (Art. 54 Ley Modelo)



## 1. Vías de Recurso en la Ley Modelo

Dispone la Ley Modelo que los proveedores cuentan con un recurso de reconsideración (Art. 52) y uno de revisión por parte de la autoridad administrativa jerárquica (Art. 54), cuyos objetos serán atacar las medidas adoptadas por la entidad adjudicadora que se ejecuten en contravención de las normas de contratación pública.

En cuanto al recurso de reconsideración, el proveedor que sostenga haber sufrido o correr el riesgo de sufrir un daño o perjuicio imputable al incumplimiento de una obligación impuesta a las entidades de conformidad con la Ley Modelo, podrá interponer el recurso ante la entidad adjudicadora, antes de que el contrato haya sido adjudicado, salvo en los eventos taxativamente determinados. El contratista cuenta con 20 días siguientes al conocimiento de la decisión para interponer el recurso, el cual deberá presentarse por escrito y resolverse dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que interpuso. La decisión del recurso será definitiva, a menos que se interponga el recurso de revisión administrativa jerárquica.

El proveedor o contratista podrá interponer recurso de revisión administrativa jerárquica:

- a) Cuando no pueda presentarse o admitirse un recurso el recurso de reconsideración por haber entrado en vigor el contrato adjudicado, y a condición de que el recurso administrativo jerárquico se presente dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que el proveedor o contratista se enteró de las circunstancias que dieron lugar al recurso o de la fecha en que debió haberse enterado de esas circunstancias, si ésta fuese anterior;
- b) Cuando el jefe de la entidad adjudicadora no admita el recurso de reconsideración por haber entrado en vigor el contrato adjudicado, a condición de que el recurso administrativo jerárquico se presente dentro de los 20 días siguientes a la fecha de la decisión de no admitir el recurso de reconsideración;
- c) En caso de que vencido el plazo para decidir un recurso de reconsideración, la entidad adjudicadora no lo haya resuelto, a condición de que el recurso se presente dentro de los 20 días siguientes a la expiración de dicho plazo.
- d) Cuando el proveedor o contratista sostenga haber sido perjudicado por la decisión que resuelve el recurso de reconsideración, a condición de que el recurso se presente dentro de los 20 días siguientes a la fecha de esa decisión.

Al resolver el recurso de revisión administrativa jerárquica, dicha autoridad superior – que dependerá de las estructuras de los Estados o puede ser el ente rector (infra 1.4),



podrá no sólo imponer los correctivos necesarios para que se dé cumplimiento a la Ley Modelo sino que además podrá establecer a favor del proveedor contratista una indemnización por los perjuicios que hubiere sufrido e incluso, podrá terminar el proceso de contratación.

Como medida adicional en defensa del debido proceso contractual, la Ley Modelo establece que tras la interposición de los recursos, tanto de reconsideración como de revisión jerárquica, podrá la entidad adjudicadora suspender el proceso, si el contrato no ha sido adjudicado, o suspender el contrato mismo en el caso del recurso de revisión jerárquica, a condición de que la suspensión no supere el término de 7 días y siempre que el recurrente declare y haga evidente que sufrirá un daño irreparable de no decretarse la suspensión. El término de suspensión podrá prorrogarse por no más de 30 días a discreción de la entidad adjudicadora, o de la autoridad superior que conoce del recurso jerárquico.

No procederá la suspensión cuando por razones de orden público las entidades que conocen del recurso consideren indispensable darle continuidad al proceso de contratación o a la ejecución del contrato. Esta medida y la certificación que expide la entidad con las justificaciones en que se apoya no es impugnabile a través de ningún recurso gubernativo y solo podrá ser atacada ante los jueces de lo contencioso administrativo.

Finalmente, la Ley Modelo contiene en su artículo 57 una regla que establece que contra las decisiones que resuelven los recursos de reconsideración y revisión administrativa o en caso de que los mismos no se hayan resuelto en los plazos fijados, cabrán recursos contencioso administrativos, pero deja a la regulación local la definición de estos procedimientos judiciales.

## 2. La vía gubernativa de la Ley 80 de 1993

No corresponde a este escrito entrar al detalle de la vía gubernativa en el ordenamiento Colombiano contractual<sup>28</sup>, sino más bien señalar algunas precisiones respecto de lo dispuesto sobre la materia en la Ley Modelo, a saber:

- a. Solo procede un recurso en vía gubernativa: el de reposición.<sup>29</sup>
- b. Las acciones contencioso administrativas serán las de nulidad,

28. Art. 77 Ley 80 de 1993.

29. Inciso Segundo. Art. 77 Ley 80 de 1993.



nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual.<sup>30</sup>

31

- c. El acto de adjudicación no es impugnabile en vía gubernativa<sup>32</sup>.
- d. No existe la posibilidad de acudir en "reconsideración" ante una autoridad administrativa diferente, ante una decisión de la entidad contratante contraria a los intereses del afectado

### III. LOS MÉTODOS DE CONTRATACIÓN DE LA LEY MODELO FRENTE A LOS DE LA LEY 80 DE 1993

La Ley Modelo describe en sus artículos 18 a 51 los métodos de contratación que pueden ser implementados por las entidades estatales que incorporen el modelo, según se acomoden a sus procedimientos internos, o respondan de una mejor manera a sus necesidades en materia de contratación.

La regla general es el proceso de licitación pública para la adquisición de bienes y de obras, al paso que para servicios se reserva el procedimiento especial diseñado para el efecto. La licitación admite las variantes de "restringida" o en "dos etapas". A continuación se harán comentarios particulares respecto de cada uno de ellos y sus puntos de contacto con los procedimientos de contratación previstos en la Ley 80 de 1993, comenzando por la precalificación, que más que un procedimiento autónomo, aparece como una posibilidad común.

#### A. La precalificación

Como una fase anterior a la iniciación del proceso de selección, la "precalificación" ha sido diseñada como herramienta para la entidad adjudicadora en aquellos casos en que el objeto de la contratación sea la obtención de bienes o la construcción de obras de

---

30. Ibid.

31. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil uno (2001). Radicación número: 07001-23-31-000-1995-0169-01(13347) y CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1048- 01, Octubre 4 de 2001

32. Parágrafo 1º Art. 77 Ley 80 de 1993.



"gran complejidad o elevado valor", o de carácter muy especializado, caso en el cual no importa su valor.

En el primero de los supuestos la utilización del instrumento de precalificación está orientado a eliminar de antemano a los proveedores o contratistas que no reúnan las condiciones necesarias para cumplir con el objeto del contrato, y en el segundo, a reducir el número de propuestas a evaluar en razón a que de ser numerosas, la evaluación y comparación de las ofertas resultaría compleja y prolongada.

De manera adicional, este mecanismo busca garantizar a la entidad la consecución de contratistas idóneos, toda vez en veces contratistas hábiles prefieren no presentar propuestas en razón a los esfuerzos económicos e intelectuales que comporta la elaboración de una oferta y la reducción de las posibilidades de ser adjudicatarios por el elevado número de propuestas.

La precalificación no existe de manera autónoma en la Ley 80 de 1993, pero en cualquier proceso de selección será posible establecer requisitos de capacidad mínimos y proporcionales al objeto a contratar, que habiliten un filtro en ese mismo propósito. Ahora bien, no se ve obstáculo alguno para proponer que la reforma en curso a la Ley 80 de 1993 (proyecto 020 de 2005), pudiese prever la precalificación bajo los mismos supuestos de la Ley Modelo. De otro lado, el texto del capítulo de contratación pública que hace parte del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, prevé la conformación de listas cortas multiusos o para determinados procesos, condicionada a lo que sobre el particular prevea la legislación nacional, de forma que los pliegos de condiciones establezcan una primera vuelta para conformar una "lista corta" con quienes bajo parámetros objetivos acrediten las condiciones de capacidad necesarias, para sólo a estos requerir la presentación de la oferta de que se trate. Pareciera entonces conveniente profundizar el debate a nivel nacional sobre las posibilidad de abrir espacio a esta figura en la legislación doméstica.

## B. La licitación y sus variantes

Como se advirtió anteriormente, el proceso de licitación pública es la regla general, tanto para la Ley de UNCITRAL (Art. 18) como en la Ley 80 de 1993 (Inciso 1. Art.24), con la notable excepción en el caso de la primera, del caso de los servicios. Según las previsiones de la Ley Modelo, aquella se trata de un proceso que tiene como características principales la convocatoria sin restricciones de proponentes, la especificación y descripción total en los pliegos de condiciones de los bienes, obras o servicios objeto del contrato, la aplicación de criterios de selección objetivos, la prohibición estricta de negociar el contenido de las ofertas y la apertura pública de las mismas con el fin de garantizar que los oferentes cuenten con la misma base al momento de proponer. En general, la licitación de la Ley Modelo es equiparable al de licitación pública previsto



en la Ley 80 de 1993. No obstante, la Ley 80 carece de una distinción que sí hace la Ley Modelo y que se nos antoja fundamental para la correcta aplicación del sistema razón por la cual es recogida en el proyecto de ley en curso: la distinción entre los requisitos del proponentes respecto de los factores calificables de la oferta. Esta forma de evaluar las ofertas, llamada académicamente como "Pasa, no pasa", se deriva de la lectura sistemática de los artículos 6º y 27º cuando establecen que para poder participar en el proceso de contratación los proveedores deberán, según lo establezcan los pliegos de condiciones, contar con las calificaciones profesionales y técnicas, la competencia profesional y técnica, los recursos financieros, el equipo y demás medios físicos, la capacidad empresarial, la fiabilidad, la experiencia, la reputación y el personal necesarios para ejecutar el contrato adjudicado. Estos requerimientos de idoneidad, estarán descritos detalladamente en los pliegos de condiciones, donde también se precisará separadamente el contenido de la oferta. (Literales d. e i.. Art. 27 Ley Modelo). Adicionalmente, la Ley Modelo incorpora la posibilidad de "saneamiento" de errores relativos a los requisitos de participación de los oferentes, la cual también se encuentra contemplada en el proyecto de ley 20 de 2005 Senado, y que refrenda lo ya establecido en el parágrafo del artículo 4 del decreto 2170 de 2002..

La Ley Modelo contempla variantes del proceso licitatorio. La primera de ellas en la Ley Modelo es la llamada "licitación restringida" (Art. 47), equivale a nuestra contratación directa de "menor cuantía", adicionada con la de contratación de aquellos casos en que el objeto de la contratación sea la adquisición de unos bienes o la ejecución de unas obras que por su complejidad y especialidad, sólo pueden obtenerse de un número restringido de proveedores o contratistas. En este caso le son aplicables algunas de las reglas de la licitación, encontrando que el procedimiento vigente en Colombia en el decreto 2170 de 2002, aparece como concordante con el de la Ley Modelo en sus características esenciales. Las que para nosotros serían las causales restantes de contratación directa, son en lo esencial tratadas en la Ley Modelo como variables de la contratación con un solo proveedor. (Artículo 22).

La segunda modalidad, denominada licitación en dos etapas (Art. 46), es un proceso de contratación utilizado en caso de que a la entidad no le sea posible en primera instancia determinar de manera precisa las características técnicas del objeto a contratar, razón por la cual surge este mecanismo, de acuerdo con el cual, en la primera etapa la entidad solicita diferentes propuestas respecto de las características técnicas de calidad del objeto a contratar, así como de las condiciones para su suministro. Surtida esta primera etapa, la entidad definirá las especificaciones del objeto a contratar y sobre esta base, en la segunda etapa, convocará a un proceso ordinario de licitación. Esta modalidad no se contempla hoy en Colombia.



### C. Métodos negociales

En relación con la posibilidad de negociación con los proponentes, con el fin de obtener ofertas competitivas, existen otros dos métodos: la solicitud de propuestas (Art. 48) y la negociación competitiva (Art. 49), de las cuales, la primera corresponde a un procedimiento a través del cual la entidad solicita propuestas a un número restringido de proveedores o contratistas y una vez son presentadas, negocia de manera separada sus posibles modificaciones, para que presenten su mejor oferta definitiva. Cumplido tal proceso, evalúa y compara las ofertas conforme a los criterios de selección objetivos entregados a los proponentes en los términos de referencia.

La segunda, corresponde a un modelo poco desarrollado que busca darle a las entidades un soporte de selección a través de la negociación. Se aplica<sup>33</sup> para los contratos cuyo objeto sea atender las necesidades derivadas de una situación que haga inviable realizar los procesos de selección aplicable, o en situaciones de catástrofe, casos en los cuales la entidad una vez señale las condiciones generales de la contratación, entablará negociaciones confidenciales con un número de proveedores o contratistas que le permitan asegurar una competencia efectiva. Una vez surtidas las negociaciones, la entidad invitará a los proponentes que sigan participando a que presenten su oferta definitiva respecto de cada elemento de la propuesta y con base en estas ofertas definitivas, adjudicará el contrato. Esta bien podría ser una alternativa viable en nuestra contratación de urgencia que hoy carece de reglas.

### D. El procedimiento especial para contratación de servicios

La principal consecuencia de distinguir los procesos de selección por la naturaleza del objeto, se da en la Ley Modelo en la estructuración del procedimiento especial para la contratación de servicios (Capítulo IV). El mismo pretende que para la selección de los contratistas de servicios, primen los criterios técnicos antes que el precio. Se procederá al uso del método especial de servicios por regla general, salvo que el mismo sea susceptible de estandarización mediante especificaciones detalladas, en cuyo caso se atenderá la regla de la licitación pública (Artículo 18, 3, a) Igual cosa ocurrirá, si el "ente rector" estima "más apropiado" que determinado servicio debiera negociarse por licitación. De esta forma, se preserva el método especial para los servicios cualificados, en donde el componente intelectual es prevalente.

El procedimiento especial de contratación de servicios contempla tres posibilidades:

---

33. Art. 19 Ley Modelo.



- Procedimiento de selección sin negociaciones: La entidad adjudicadora califica las propuestas estrictamente por consideraciones técnicas, sin tener en cuenta el precio. Hecho lo anterior, para establecer cual es el contratista seleccionado, tiene dos alternativas: escoger la de precio más bajo de entre aquellas que superaron el umbral técnico, o ponderar el puntaje técnico contra el obtenido en el precio.
- Procedimiento de selección con negociaciones simultáneas: Según este procedimiento, la entidad negociará con los oferentes antes de pedirles que se presenten su mejor oferta definitiva. La negociación gira en torno a cual sería desde la perspectiva técnica la mejor manera de satisfacer la necesidad de la entidad y no sobre el precio. Terminada la negociación, los oferentes presentarán su mejor propuesta técnica. Para la evaluación de las propuestas, su precio se considerará por separado y sólo después de haber completado su evaluación técnica. Así, el contrato será adjudicado al oferente cuya propuesta responda mejor a las necesidades de la entidad, lo cual se determinará de acuerdo con los criterios para evaluar y su ponderación relativa, señalados en la solicitud de la propuesta (términos de referencia).
- Procedimiento de selección con negociaciones consecutivas: De acuerdo con éste, la entidad negociará únicamente sobre el precio con el proponente cuya calificación técnica sea la más alta. Así, la entidad podrá negociar sucesivamente, por orden de calificación, con cada uno de los proveedores, sin que pueda negociar con ninguno de ellos sin haber dado por terminado su negociación con su predecesor mejor calificado y sin que pueda reanudar ninguna negociación que haya dado por terminada.

El proyecto de ley de reforma a nuestra Ley 80, teniendo como una de sus fuentes de inspiración la Ley Modelo, avanza en la dirección de privilegiar la calificación los aspectos técnicos de las ofertas y la experiencia y capacidad de los consultores, antes que el precio de aquellas. El proyecto original del gobierno abogaba por la creación de un método autónomo, al paso que el texto actual considera esas especificidades como una variable de la llamada "selección abreviada". El debate debe continuar, pero pareciera ya haberse creado conciencia sobre la importancia de no "pauperizar" los servicios intelectuales.

#### IV. EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS: MODERNIZANDO LA LEY MODELO Y LA LEY 80 DE 1993

Tanto la Ley Modelo como la Ley Colombiana, que en un origen no preveían el uso de medios electrónicos, están siendo revisadas para incorporar reglas que permitan mo-



modernizar los procesos de contratación a través de la tecnología. La incorporación de las TIC's a los procesos de contratación apunta hacia dos objetivos. En primer lugar y en aras de la transparencia, publicar en la red la mayor cantidad de información sobre contratación pública, como por ejemplo, contrataciones futuras, documentos del proceso de contratación o los contratos mismos. En segundo, flexibilizar los procesos para poder explotar los beneficios que trae el uso de las comunicaciones electrónicas, previendo que los intercambios de datos electrónicos puedan surtir los mismos efectos derivados del intercambio de documentos en formato papel, atribuyéndole a los primeros el mismo valor probatorio y jurídico que los últimos. Más importante que eso, permitiendo una mayor participación, mayor agilidad en los procedimientos y, en veces como en las subastas electrónicas, un mejoramiento cualitativo de la competencia por los negocios con el sector público, extrayendo valor de la puja en su favor.

#### A. Recientes trabajos de UNCITRAL para el desarrollo del e-procurement

En varias de las sesiones del grupo de trabajo de UNCITRAL sobre Contratación Pública se ha advertido la necesidad de modernizar la Ley Modelo en aras de introducir disposiciones dentro del cuerpo de la norma, que permitan el uso de medios tecnológicos y comunicaciones electrónicas dentro del proceso de contratación<sup>34</sup>. Para el efecto el grupo de trabajo, del que nos cabe el gusto de ser parte, acordó abordar principalmente los siguientes aspectos:<sup>35</sup>

##### 1. El principios de equivalencia funcional.

Las discusiones en torno a la introducción del uso medios electrónicos en la Ley Modelo pretenden incorporar los principios de equivalencia funcional<sup>36</sup> de documentos elec-

34. Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones. 4 a 15 de julio de 2005.

35. UNCITRAL. 38ª Sesión. Viena Julio de 2005. Reporte del grupo de trabajo. N.Y. Abril de 2005. P. 5.

36. Según el principio de equivalencia funcional, los documentos con soporte electrónico gozarán del mismo valor legal y probatorio que aquellos que revisten un soporte documental en medios físicos como el papel. UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law. Thirty-eighth session Vienna, 4-22 July 2005. Report of Working Group I (Procurement) on the work of its sixth session. (Vienna, 30 August-3 September 2004). UNCITRAL. General Assembly. Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Sixth Committee (A/51/628)] 16 DECEMBER 1996. 51/162 Model Law on Electronic Commerce adopted by the United Nations Commission on International Trade Law.



trónicos con respecto a documentos en soporte papel y de neutralidad tecnológica<sup>37</sup> a varias facetas del procedimiento contractual, tales como la publicación de oportunidades de contratación e información relacionada con el proceso y las comunicaciones entre las entidades adjudicadoras y los proveedores y contratistas.

Las iniciativas de modificación de la Ley Modelo apuntan a la eliminación de obstáculos para el uso de medios electrónicos e incentivar la incorporación de herramientas de comunicación telemática, a través de la modificación de las frases de la Ley Modelo que sugieren un uso de comunicaciones con único soporte en papel.

En la Octava sesión del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública de UNCITRAL se acordó incorporar a través de un nuevo artículo (4BIS) el principio de equivalencia funcional dentro de la Ley Modelo. Las discusiones previas a la inclusión del artículo giraron en torno a tres posibles variables de redacción, de las cuales fueron identificados tres elementos característicos y comunes<sup>38</sup>: a. la descripción de los métodos electrónicos de publicidad, transmisión, comunicación, intercambio, realización de audiencias y almacenamiento de información o documentos, b. la afirmación de que el uso de medios electrónicos debería considerarse como suficiente para dotar de validez legal a las comunicaciones y c. los controles que se deberán ejercer sobre el uso de los medios electrónicos respecto de estándares de accesibilidad<sup>39</sup>.

Otros asuntos fueron decididos en esta sesión, dentro de los cuales sobresalen el rechazo a la moción de definir los conceptos de "Electrónico" y "Medios electrónicos de Comunicación" para no incluir una definición que con el tiempo y el avance de la tecnología quedara obsoleta; la obligación de mantener registros electrónicos del proceso de contratación hasta cierto tiempo; la eliminación del derecho del contratista a presentar ofertas en papel cuando los pliegos exigen presentación en formatos electró-

---

37. Según el principio de neutralidad tecnológica la formulación de normas jurídicas y políticas públicas no debe hacer referencia, limitarse o comprometerse con el uso e implementación de ninguna tecnología en particular.

38. Report of Working Group I (Procurement) on the work of its eighth session. (Vienna, 7-11 November 2005). United Nations Commission on International Trade Law. Thirty-ninth session New York, 19 June-7 July 2006.

39. Varias discusiones se suscitaron alrededor del tema de los estándares de accesibilidad, al punto que se propuso que la Ley Modelo incluyera una previsión separada del artículo 4BIS sobre el tema. Sin poder llegar a un acuerdo, fue necesario deferir a la Secretaría de la UNCITRAL que propusiera la forma dar vía a la sugerencia elevada por los miembros.



nicos y la flexibilización de la regla de presencia física de los oferentes al momento de apertura de las ofertas para dar cabida al uso de medios electrónicos.

## 2. Publicidad electrónica y subastas inversas.

En adición, dos temas recibieron especial atención en la octava sesión del Grupo de Trabajo de UNCITRAL sobre Contratación Pública. En primer lugar, la publicidad de información sobre contratación pública y segundo, el uso de subastas inversas.

### a) Publicidad electrónica

En relación al primer tema, esto es, el acceso al público de información relacionada a la contratación pública (Revisión del Art. 5 Ley Modelo), el Grupo de Trabajo identificó distintas clases de información que puede ser publicada por medios electrónicos y diferenció entre información sobre contratación que debe ser de acceso público, como las normas de carácter general; información relacionada con el proceso de contratación, como los pliegos o los actos de adjudicación e; información que no es de obligada publicidad de conformidad con lo dispuesto por la Ley Modelo, como futuras oportunidades de contratación y guías internas de las entidades adjudicadoras. Luego de considerar que los distintos tipos de información podrían merecer tratamientos diversos, se sugirieron varias alternativas, a saber, limitar la publicidad exigida en el artículo 5 de la Ley Modelo a las reglas de carácter general; hacer optativa la publicidad de información no mandatoria bajo las premisas de la Ley Modelo y; dejar que fuere la regulación interna la que definiera qué tipo de información sería publicada. El Grupo de Trabajo también identificó algunas dificultades a la hora de tener acceso a la información publicada, explicando que la información podría ponerse a disposición de los usuarios de una forma no estandarizada, descentralizada o asistemática; que podrían presentarse problemas para el mantenimiento y actualización de la información y; que tal publicidad podría ser objeto de tarifas para acceder a ella.

Sea cual sea el desenlace de las discusiones en la materia, se debe celebrar la iniciativa de utilizar la Internet para ampliar el espectro de información sobre contratación estatal disponible al público, que al tiempo elimina barreras de entrada a los mercados internacionales y hace menos opaca la aplicación de reglas sobre contratación estatal. Ahora bien, el esfuerzo de hacer más pública y transparente la información a través de medios electrónicos no puede dejar de lado temas que más adelante deberán tratarse en el seno de la Comisión, como por ejemplo, los aspectos de estándares tecnológicos aplicables, la forma de cerrar las brechas digitales de países en vías de desarrollo, la capacitación de los funcionarios y el cambio cultural que debe mediar para que las nuevas previsiones incluidas no queden simplemente escritas en la Ley y no puedan hacerse efectivas.



## b) Subastas inversas

La introducción de los mecanismos de subastas inversas<sup>40</sup> a la Ley Modelo viene siendo un recurrente tema desde las sesiones de 2003 donde se iniciaron los debates para modernizar la contratación pública a través del uso de medios electrónicos. En abril de 2005 UNCITRAL elaboró un estudio técnico<sup>41</sup> sobre el uso de la subasta electrónica inversa (SEI) donde se pudieron identificar algunos aspectos procedimentales del uso de la herramienta.

El estudio técnico concluyó que "la subasta electrónica inversa (SEI) está siendo utilizada, en algunos países, para la contratación pública y que algunos otros están considerando introducirla igualmente para dicho fin, (...) parece probable que este método de efectuar compras será aceptado como un método apropiado para la contratación pública. Parece estar emergiendo un consenso internacional de que, debidamente utilizado, la SEI puede suponer un notable ahorro para las entidades públicas que gestionan la contratación sin menoscabar en modo alguno ciertos objetivos de la contratación pública, que pueden verse incluso reforzados, como pudiera ser la economía y la eficiencia de la contratación, la equidad y el trato no discriminatorio de los proveedores, y la integridad y fiabilidad pública del proceso de contratación"<sup>42</sup>.

40. Las subastas son mecanismos a través del cual posibles contratistas presentan sus ofertas unos contra otros para ofrecerle al comprador (la entidad contratante en este caso) la mejor oferta. Cuando se utilizan medios electrónicos, esta típica subasta se denomina subasta electrónica y se diferencia de la primera en que las propuestas se presentan en formato electrónico. Don Wallace, Jr., Christopher R. Yukins, Jason P. Matechak. *Uncitral Model Law: Reforming Electronic Procurement, Reverse Auctions, And Framework Contracts*. *Procurement Lawyer*. Winter, 2005. American Bar Association.

41. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo I (Contratación Pública). Séptimo período de sesiones Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005. Posibles revisiones de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública Estudio comparado de la experiencia adquirida en el empleo de la subasta electrónica (inversa) en la contratación pública

42. *Ibidem*. Se anota en el documento que los siguientes temas merecen más profundización: a) el tipo y alcance de la información que se dará a conocer durante la fase de subasta; b) la índole vinculante o no vinculante de las ofertas para los concursantes; c) los supuestos en los que se autorizará a un concursante a retirar su oferta o a retirarse incluso de la subasta; d) el derecho de la entidad adjudicadora de excluir algún ofertante en el curso de la subasta; e) la obligación de la entidad



Uno de los aspectos que requirió mayor estudio por parte de UNCITRAL al elaborar el documento técnico fue el de determinar las ventajas y consecuencias de hacer de la subasta electrónica inversa un método independiente de contratación o una fase de ellos. El estudio técnico puso de presente las siguientes ventajas de elegir la primera de las opciones (SEI como método autónomo): evitaría tener que incluir en las disposiciones generales concernientes a los demás métodos de contratación pública toda modificación impuesta para dar cabida al recurso que se vaya a hacer en alguna etapa a una SEI, lo que podría hacer la reglamentación de dichos métodos excesivamente compleja; y b) permitiría que la autoridad pública competente limite los supuestos en los que quepa recurrir a una subasta electrónica inversa (por ejemplo, una SEI puede ser un método inapropiado en el marco de una licitación abierta)<sup>43</sup>.

Esta postura fue la aceptada por el Grupo de Trabajo en la Octava sesión de noviembre de 2005<sup>44</sup> donde adicionalmente se acordaron los parámetros<sup>45</sup> bajo los cuales se introduciría la herramienta al texto de la Ley Modelo. En primer lugar, como se anotó, se aclaró que las subastas electrónicas constituirían un nuevo método de contratación y no una fase de uno de ellos. En segundo lugar, se concluyó que tras su inclusión, se deberían establecer las condiciones generales para usar las subastas electrónicas y, finalmente, que su aplicación no excluiría ningún tipo de categoría de contratación.

---

adjudicadora de aceptar la oferta más baja; f) todo motivo que pueda justificar la suspensión de una subasta; g) el amparo otorgado a todo concursante agraviado; h) la necesidad de llevar un expediente en el marco de una subasta electrónica inversa, y el contenido del expediente.

43. *Ibidem*. Contrario sensu, se establecieron las siguientes ventajas al adoptar a la SEI como fase del proceso contractual: a) su flexibilidad: la SEI se presta a ser utilizada en más de un método de contratación pública (por ejemplo, la licitación abierta, la licitación restringida y la licitación en dos etapas); y b) sólo se habrá de preparar una reglamentación especial para aquellos aspectos de la SEI que difieran de los supuestos previstos en las normas y prácticas habituales de la contratación pública, ya que seguirá siendo aplicable la reglamentación general de la metodología que debe seguirse en el proceso de contratación.
44. UNCITRAL. 38ª Sesión. Viena Julio de 2005. Reporte del grupo de trabajo. N.Y. Abril de 2005. P. 5
45. No existe acuerdo sobre los parámetros. El primero de ellos no fue objeto de consenso y será objeto de posterior revisión. Respecto del segundo, se debatió si el Órgano Rector debería autorizarla previamente (Infra. 2.3). Sobre el tercero, hay posiciones encontradas respecto de la aplicación de la subasta a servicios y obras.



Al lado de estos comentarios, queremos exponer nuestro propio punto de vista, en el sentido de que independientemente de las reformas que haya que proponerse a la Ley Modelo, lo que ha de rescatarse es el uso de nuevas herramientas para modernizar y flexibilizar el proceso de contratación. Del mismo modo que el uso de mensajes de datos no cambian el proceso mismo de contratación, ya que simplemente son instrumentos y soportes para llevar a cabo un procedimiento que tradicionalmente se llevaba a cabo a través de papel más ágil y transparentemente, la subasta electrónica puede revestir las dos modalidades. Como etapa del proceso tradicional, en aplicación del principio de equivalencia funcional, bien puede permitir lo que nuestro decreto 2170 de 2002 denominó "presentación dinámica de la oferta". Como método autónomo, bien podrá ser el soporte de la adquisición de bienes de características técnicas uniformes, como se propone en la reforma en curso a la Ley 80 de 1993.

Finalmente, la discusión al interior del grupo de trabajo de la UNCITRAL, ha girado también sobre la posibilidad de hacer o no subastas presenciales y, por lo tanto, no electrónicas. Ha prevalecido la opinión mayoritaria de que la herramienta debe apoyarse exclusivamente en medios electrónicos, sobre todo en función de evitar riesgos relativos a comportamientos colusivos o anticompetitivos. En defensa de la posibilidad presencial, hemos argumentado el menor grado de penetración tecnológica en los países en desarrollo, además del hecho probablemente más importante, de reconocer como sustancial en el fenómeno de las subastas la formación de precios mediante la exposición al mercado, en lo que se ha conocido como los procesos de "extracción de valor". En ese sentido, lo importante es brindar las condiciones adecuadas para que tal puja tenga lugar, con independencia del medio electrónico o no en el que ello ocurra. La mejor demostración de las posibilidades de este sistema, están dadas por la existencia de bolsas de productos en las que se puja por precio a la baja en mercados tanto de viva voz como electrónicos. En ese sentido la experiencia Colombiana desarrollada para la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria en bolsa, prevista en la Ley 80 de 1993 pero sólo desarrollada a partir del decreto 2503 de 2005, demuestra como es posible transar bienes uniformes con ahorros considerables para las entidades públicas, en condiciones de mercado en tiempos reducidos. Igual podría decirse del llamado "pregao" o pregón brasileiro, precursor en su género de este tipo de mecanismo.

## **B. Estrategia de e-procurement en Colombia**

Estos temas a que nos acabamos de referir, que seguirán siendo discutidos por el Grupo de Trabajo en Contratación Pública de UNCITRAL, al lado de otros, también han sido objeto de debate con ocasión del proceso de reforma legal e institucional de la contratación pública colombiana que adelanta el Gobierno Nacional a través del Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP con el apoyo de otras instituciones.



En lo que respecta al marco legal, la ley 80 de 1993, al igual que la Ley Modelo, no contiene ninguna previsión que permita el uso de medios electrónicos dentro del proceso contractual. Se han presentado varias reformas de carácter reglamentario (Decreto 2170 de 2002) que apuntan a los mismos objetivos pretendidos por UNCITRAL y cursa actualmente en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 20 de 2005 que promueve el uso de medios de comunicación electrónica para dotar de mayor transparencia al proceso y plasma la aplicación del principio de equivalencia funcional en la actividad contractual pública.

El Decreto 2170 de 2002, reglamentario de la Ley 80 de 1993, antes citado, es la primera norma que introduce el uso de medios de comunicación electrónica a la actividad contractual a través de la exigencia de usar publicaciones en página Web de los documentos contractuales más importantes, como los pliegos de condiciones, observaciones a los mismos, informes de evaluación, actos de adjudicación e informes de evaluación<sup>46</sup>. Igualmente, consagra para el método de contratación directa<sup>47</sup>, el uso de la subasta inversa, a través de la creación del sistema de conformación dinámica de las ofertas (Arts. 5 y 12), que busca darle a las entidades una herramienta para la negociación, permitiendo obtener por parte de los proveedores la mejor propuesta que estén dispuestos a ofrecer.

Desde la entrada en vigencia de la norma, varias entidades han utilizado la subasta electrónica obteniendo ahorros cercanos al 25% de los presupuestos oficiales previstos para cada proceso contractual<sup>48</sup>. Cuatro entidades públicas colombianas lograron ahorrar cerca de 33.000 millones de pesos durante el 2004 al utilizar la conformación dinámica de las ofertas. En el caso de ECOPETROL, que desde el año 2000 utilizaba esquemas negociales de contratación con apoyo en Internet, se obtuvieron ahorros del 18.4% para el año 2002 al aplicar la subasta electrónica en algunos procesos contractuales; posteriormente lograron ahorros de entre el 22.5% y el 63% durante el año 2003 y durante el 2004 lograron reducir el costo de las contrataciones objeto de subastas en un 25%. Además de estos ahorros en términos económicos, el uso de la herramienta ha reducido tiempos de contratación que antes eran de cuatro semanas, a cuatro días. Por su parte el Instituto de Seguros Sociales por intermedio de la Vicepresi-

46. Artículos 1 y 2 Decreto 2170 de 2002.

47. También se disponía el uso de la subasta para la licitación pública pero el Consejo de Estado declaró nulo el artículo.

48. Véase. PRADA, Sergio Ivan. Cómo disminuir el gasto público utilizando tecnología: las subastas electrónicas. Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP. Marzo de 2005.



dencia de EPS logró reducir los costos históricos en compra de medicamentos en proporciones que varían entre el 20% y el 70% y que significaron reducción de gasto de cerca de 5.000 millones durante el 2003 y de 7.300 durante el 2004. Por su parte, el Banco Agrario logró ahorros de casi el 32% durante el año 2004 tras usar subastas electrónicas y durante el mismo año, ECOGAS obtuvo reducción en gasto del 20.52% por adquisición de licencias, y del 33.65% al adquirir repuestos para servidores a través de subastas electrónicas.

A pesar de que la aplicación del citado decreto constituye un importante paso hacia la modernización de la contratación pública colombiana en búsqueda de mayores índices de transparencia y eficiencia, falta todavía flexibilizar los rígidos procedimientos contractuales y permitir el uso de mecanismos electrónicos que permitan hacer gestión contractual electrónica. La gestión contractual electrónica constituye la segunda fase de un programa de gobierno hacia la modernización de la contratación pública colombiana, plasmado en el Documento CONPES 3249 de 2003 "Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial", y presupone la modificación de la Ley 80 de 1993 que describe detalladamente el procedimiento administrativo contractual. De aprobarse el proyecto de Ley 20 de 2003, se dará lugar a la modificación a que se refiere el documento CONPES ya que el parágrafo 3º del Artículo 3º del Proyecto establece la introducción del principio de equivalencia funcional al proceso contractual. La norma propuesta establece lo siguiente:

"Parágrafo 3º. De conformidad con lo dispuesto en la ley 527 de 1999, la actividad contractual, los contratos, la sustanciación de las actuaciones y la expedición de los actos administrativos podrán tener lugar por medios electrónicos.

Para el trámite, notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.

Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad de los procesos de selección serán señalados por el Gobierno Nacional."

Tanto para UNCITRAL como para el legislador colombiano las ventajas de usar los medios electrónicos son evidentes, y resta entonces, acordar la redacción y la incorporación de las nuevas reglas, a los textos de las leyes. Esta tarea presupone no sólo una mentalidad modernizadora sino también una visión amplia de las restricciones y los inconvenientes que la incorporación de las TIC's dentro de la contratación pública podrían generar. Los países en vías de desarrollo, como Colombia, no suelen contar con plataformas, recursos ni los conocimientos y la cultura necesaria para hacer plausibles los objetivos y ventajas que estas tecnologías generan en la gestión contractual de



países desarrollados. Los bajos niveles de teledensidad y conectividad que sufre Colombia, tanto dentro del sector público como por parte de los ciudadanos, los altos costos de desarrollar programas de tecnologías, la disparidad de información, la preexistencia de sistemas de información relacionados con la contratación pública, la necesidad de dotar de ambientes digitales seguros y sobre todo, las estrategias de modernización y renovación de las administraciones públicas deberán ser tenidas en cuenta por los redactores, bien de normas uniformes como de derecho interno en materia de "e-procurement".

## CONCLUSIÓN

— La Ley Modelo y la ley 80 de 1993 comparten una misma estructura general. Tal circunstancia es evidente en aspectos tales como:

- El principio rector de la licitación pública como regla general
- La estructura de las diferentes etapas del proceso licitatorio
- Los principios de las llamadas "vías de recurso" en sede administrativa y jurisdiccional
- La posibilidad de sanear errores "no sustanciales", entre nosotros olvidada por mucho tiempo hasta su reglamentación por el parágrafo del artículo 4 del decreto 2170 de 2002
- La reciente creación en Colombia de un "ente rector" para la Contratación Pública

— El proceso de reforma de la ley 80 en curso, puede encontrar fuente de inspiración importante en la Ley Modelo cuando menos en los siguientes temas:

- Ámbito de aplicación en relación con el "aprovisionamiento", sin extenderlo a todo contrato efectuado por un ente público
- Procesos de selección en función del objeto y no exclusivamente de la cuantía
- Sistema especial para la selección de servicios, que permita que la "materia gris" no se evalúe por precio, sino prioritariamente en atención a su capacidad de abordar el problema que se desea resolver con la ejecución del contrato
- Sistema de "pasa, no pasa" para evaluar los requisitos del proponente como condición de acceso al proceso y únicamente en función de su capacidad de ejecutar el eventual contrato, de forma que la calificación se otorgue exclusivamente a las ofertas y no a los proponentes
- La "precalificación" en procesos de selección técnicamente complejos
- El uso de "negociaciones" en contratación de urgencia



- El uso de la contratación pública como instrumento de política de desarrollo económico
- Tanto la Ley Modelo como la Ley 80 de 1993 están en proceso de actualización, en procura de incorporar a sus preceptos mecanismos de eficiencia. En ese sentido debe reflexionarse sobre la introducción en ambos instrumentos de cuando menos los siguientes aspectos:
  - El empleo de mecanismos de subasta que permitan la formación de precios en condiciones de competencia abierta de mercado
  - El uso de mecanismos electrónicos, tanto de información como de transacción
- El proceso de actualización de la Ley Modelo debiera, en nuestro criterio, extenderse a otros temas, tales como:
  - La posibilidad de desarrollar mecanismos de "extracción de valor" no necesariamente vinculados a los mecanismos electrónicos, tales como las subastas presenciales y las negociaciones de viva voz en bolsas de productos
  - Las reglas básicas de planeación, ejecución y gerencia pública de los contratos
  - Previsiones en materia de liquidación de contratos y de medidas a adoptar en el periodo postcontractual



# Reforms to the UNCITRAL Model Procurement Law on Procurement of Goods, Construction and Services

---

Caroline Nicholas

---

Legal Officer, and Secretary, UNCITRAL Working Group I (Procurement), and a member of UN Secretariat staff. The opinions expressed in this article are personal and are not to be viewed as representing official views of the United Nations.

## I. INTRODUCTION

The UNCITRAL Model Procurement Law on Procurement of Goods, Construction and Services (the Model Procurement Law) was adopted in 1994.<sup>1</sup> It is intended to serve as a model for States for the evaluation and modernization of their procurement laws and practices and the establishment of procurement legislation where none exists.

The background to and the aims of the Model Procurement Law can be stated as follows:

"The decision by UNCITRAL to formulate model legislation on procurement was taken in response to the fact that in a number of countries the existing legislation governing procurement is inadequate or outdated. This results in inefficiency and ineffectiveness in the procurement process, patterns of abuse, and the failure of the public purchaser to

---

1. For the text of the Model Procurement Law, see Official Records of the United Nations General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 17 and corrigendum (A/49/17 and Corr.1), annex I (also published in the Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, vol. XXV:1994 (United Nations publication, Sales No. E.95.V.20), part three, annex I. The Model Procurement Law is available in electronic form at the UNCITRAL website (<http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/ml-procure.htm>). An earlier version of the text, addressing the procurement of goods and construction only, was produced the previous year.



obtain adequate value in return for the expenditure of public funds. While sound laws and practices for public sector procurement are necessary in all countries, this need is particularly felt in many developing countries, as well as in countries whose economies are in transition. In those countries, a substantial portion of all procurement is engaged in by the public sector. Much of such procurement is in connection with projects that are part of the essential process of economic and social development. Those countries in particular suffer from a shortage of public funds to be used for procurement. It is thus critical that procurement be carried out in the most advantageous way possible. The utility of the Model Procurement Law is enhanced in States whose economic systems are in transition, since reform of the public procurement system is a cornerstone of the law reforms being undertaken to increase the market orientation of the economy.

Furthermore, the Model Procurement Law may help to remedy disadvantages that stem from the fact that inadequate procurement legislation at the national level creates obstacles to international trade, a significant amount of which is linked to procurement. Disparities among and uncertainty about national legal regimes governing procurement may contribute to limiting the extent to which Governments can access the competitive price and quality benefits available through procurement on an international basis. At the same time, the ability and willingness of suppliers and contractors to sell to foreign Governments is hampered by the inadequate or divergent state of national procurement legislation in many countries."<sup>2</sup>

## II. THE NATURE OF A MODEL PROCUREMENT LAW

A Model Procurement Law is what its name implies - a suggested text for legislators in national governments for their domestic legislation. It is not a binding text: legislators are free to amend its provisions, adopt them as a whole or ignore it completely. (UNCITRAL also produces conventions, which have the same legal status as treaties. Unlike the process of incorporating a Model Procurement Law into domestic legislation, entering into a convention or a treaty creates obligations between States, and there are limited opportunities to derogate from the agreed text)<sup>3</sup>.

vAs the enactment of a Model Procurement Law is entirely voluntary, States do not have to notify the United Nations if they adopt one, so we have limited information as to how

2. Guide to Enactment of UNCITRAL Model Procurement Law on Procurement of Goods, Construction and Services, published with the Model Procurement Law.
3. UNCITRAL is the acronym for the United Nations Commission on International Trade Law, a body made up of member States representing various regions. The Secretariat of UNCITRAL is the International Trade Law Branch of the Office of



widely the Model Procurement Law has been adopted. However, we understand that it has been adopted or used as a basis for procurement legislation in many tens of jurisdictions. The World Bank uses the Model Procurement Law in its activities, recommending many of the provisions it contains.

### III. OTHER INTERNATIONAL LAW TEXTS ADDRESSING PROCUREMENT

The Model Procurement Law is not the only text on the international procurement scene – the North American Free Trade Agreement (NAFTA), the World Trade Organization (WTO's) Agreement on Government Procurement (GPA),<sup>4</sup> and the European Union all have rules on procurement.<sup>5</sup> These international procurement texts address issues beyond national procurement (including issues of trade liberalization and competition), and the NAFTA and GPA in particular address issues at a higher and less detailed level than the Model Procurement Law. The EU Directives are akin to the Model Procurement Law in that they are not of legislation of direct application in the member states, but the member states must enact legislation based on them. That legislation may, broadly speaking, be more restrictive than the Directives, but cannot be more relaxed.

However, the aims of the Model Procurement Law and the other international systems are all focussed on achieving value for money for the public purse, through ensuring effective competition and transparency, and so there is broad consensus on the main principles that should govern regulation of procurement in the public sector. Indeed, it is an express instruction to the Secretariat of UNCITRAL that its current work on procurement should be undertaken with a view to achieving harmony across the various international systems in operation.

---

Legal Affairs of the United Nations. Further information about UNCITRAL can be found at [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

4. The Government Procurement Agreement of the GATT (now World Trade Organization) was first adopted in the same year as the Model Procurement Law, 1994. The text of the GPA is available at [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm).
5. The EU adopted two procurement directives in 2004 - Directive 2004/17/EC and Directive 2004/18/EC, available at [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/legislation\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm).



#### IV. UNCITRAL'S PROCEDURES IN FORMULATING A MODEL PROCUREMENT LAW

The relevance of a Model Procurement Law can be demonstrated in the way it comes into being. UNCITRAL's mandate is to harmonize and unify the law of international trade, and the promulgation of a Model Procurement Law is one of the ways that it seeks to fulfil that mandate.<sup>6</sup> The process works as follows: UNCITRAL identifies areas in which international commerce is hindered by, for example, lack of a predictable governing law or out-of-date laws not easily applicable to contemporary commercial practice, and proposes legislative solutions.

UNCITRAL has set up six working groups to perform the substantive preparatory work on topics that the Commission has identified.<sup>7</sup> The texts drafted by the working groups are presented to the Commission for consideration, and both the Commission and the Working Group typically take decisions on those texts by consensus, rather than by voting.

UNCITRAL is composed of sixty member States elected by the General Assembly.<sup>8</sup> Each working group is composed of all the member States of the Commission. They and all States that are not members of the Commission, as well as interested international

6. UNCITRAL's mandate under United Nations General Assembly resolution 2205 (XXI) is to further the progressive harmonization and unification of the law of international trade, through the production of substantive law. While the terms are closely interrelated, "harmonization" may be thought of as the process through which domestic laws may be modified to enhance predictability in cross-border commercial transactions (a Model Procurement Law, for example) and "unification" may be seen as the adoption by States of a common legal standard governing particular aspects of international business transactions (a convention, for example). Regardless of the term used, the essential element of the work of UNCITRAL is the modernization of laws to adapt to the needs of international commerce and economic development.
7. The Commission carries out its work at annual sessions, which are held in alternate years at United Nations Headquarters in New York and at the Vienna International Centre at Vienna. Each working group of the Commission typically holds one or two sessions a year, depending on the subject-matter to be covered; these sessions also alternate between New York and Vienna.
8. Membership is structured so as to be representative of the world's geographic regions and its principal economic and legal systems. Members of the Commission are elected for terms of six years, the terms of half the members expiring every three years.



organizations, are invited to attend sessions of the Commission and of its working groups as observers. Observers are permitted to participate in discussions at sessions of the Commission and its working groups to the same extent as members.

The combination of broad representation at Commission and working group sessions and consensual decision-making enable UNCITRAL's texts to be based on wide-ranging experience, and so to be widely acceptable and widely-used: that is, relevant to States with different legal systems and levels of economic and social development. They also seek to reflect best practice from around the world.

## V. THE UNCITRAL MODEL PROCUREMENT LAW<sup>9</sup>

The aims of the Model Procurement Law are set out in its preamble, and are:

- (a) Maximizing economy and efficiency in procurement;
- (b) Fostering and encouraging participation in procurement proceedings by suppliers and contractors, especially where appropriate, participation by suppliers and contractors regardless of nationality, and thereby promoting international trade;
- (c) Promoting competition among suppliers and contractors for the supply of the goods, construction or services to be procured;
- (d) Providing for the fair and equitable treatment of all suppliers and contractors;
- (e) Promoting the integrity of, and fairness and public confidence in, the procurement process; and
- (f) Achieving transparency in the procedures relating to procurement.

From the perspective of the participants in the procurement process, therefore, the Model Procurement Law aims to achieve value for money to the benefit of the procuring entity (and the taxpayers who fund it) and incidentally to enable as many potential suppliers to compete as possible, on a level playing-field, and so to flourish.

If the letter of the Model Procurement Law is its text, its spirit is explained in the Guide to Enactment that was published with the Model Procurement Law. The Commission published the Guide in the view that the Model Procurement Law would be a more effective tool for States modernizing their procurement legislation if background and explanatory information were provided to assist governments in using the Model Procurement Law,

9. The text is available at <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement/ml-procure.pdf>.



and particularly for those with limited familiarity with the type of procurement procedures in the Model Procurement Law.

The Guide explains that the purpose of the Model Procurement Law is to provide the essential procedures and principles for conducting procurement proceedings, but it is a "framework" law that does not contain all the rules and regulations that may be necessary to implement those procedures in an enacting State. Accordingly, the Model Procurement Law envisages procurement regulations to complement the Model Procurement Law and to take account of the specific, possibly changing circumstances at play in the enacting State, of course without compromising the objectives of the Model Procurement Law.

The Model Procurement Law addresses the procedures to be used by procuring entities in selecting the supplier to carry out a procurement, but does not purport to address the contract performance or implementation phase. Accordingly, issues such as contract administration, resolution of performance disputes or contract termination are not addressed. Equally, the Model Procurement Law does not address the pre-procurement planning phase. However, it is noted in the Guide that the Model Procurement Law assumes that the enacting State has in place, or will put into place, the proper structures and resources necessary to operate and administer the type of procurement procedures provided for in the Model Procurement Law, which will of course cover those other phases. It is critical that this be so if the objectives of the Model Procurement Law are to be fulfilled, since poor planning may lead the wrong projects being wastefully undertaken, and poor contract administration can frustrate good supplier selection and increase costs through inefficiency or allowing unnecessary variations.

Open tendering is the method of procurement widely recognized as generally most effective in promoting value for money, economy and efficiency as well as transparency, integrity and public confidence in the procurement process, and so the Model Procurement Law mandates it as the rule for normal circumstances in the procurement of goods or construction. Thus the Model Procurement Law requires, as a general rule, unrestricted solicitation of participation by suppliers or contractors; comprehensive description and specification in solicitation documents of the goods, construction or services to be procured, thus providing a common basis on which suppliers and contractors are to prepare their tenders; full disclosure to suppliers or contractors of the criteria to be used in evaluating and comparing tenders and in selecting the successful tender (i.e., price alone, or a combination of price and some other technical or economic criteria); strict prohibition against negotiations between the procuring entity and suppliers or contractors as to the substance of their tenders; public opening of tenders at the deadline for submission of tenders; and disclosure of any formalities required for entry into force of the procurement contract.



In the procurement of services, the Model Procurement Law prescribes the use of a "principal method for procurement of services", which is designed to give due weight in the evaluation process to the qualifications and expertise of the service providers. The main features of the principal method for procurement of services include unrestricted solicitation of suppliers and contractors as the general rule, and pre-disclosure of the criteria for evaluation of proposals and of the selection procedure, among the three options available, to be used in the selection process.<sup>10</sup>

It can be seen that these methods seek to ensure that potential suppliers are not excluded from the procurement process, and that all relevant information regarding the procurement is provided in a timely manner.

For exceptional circumstances in which the main methods are not appropriate or feasible, the Model Procurement Law offers alternative methods of procurement, which may involve some degree of restriction on the numbers of suppliers that are invited to compete for the relevant contract. The circumstances justifying the use of those alternative methods include situations in which it is not feasible for the procuring entity to formulate specifications to the degree of precision or finality required for tendering proceedings, in which case the procuring entity may solicit various proposals relating to the technical, quality or other characteristics of the procurement as well as to the contractual terms and conditions of its supply. Urgent needs due to catastrophic events, technically complex or specialized goods, construction or services available from only a limited number of suppliers and the case of procurement of such a low value that economy and efficiency is served by restricting the number of tenders that would have to be considered by the procuring entity, are also qualifying factors.<sup>11</sup> The use of these methods is restricted because they

---

10. The three procedures are as follows: under the first,, the procuring entity subjects proposals that obtain a technical rating above a set threshold to a straightforward price competition. Under the second, the procuring entity negotiates with suppliers, after which they submit their best and final offers. Under the third, the procuring entity holds negotiations solely on price with the supplier that obtained the highest technical rating. Thereafter, the procuring entity may negotiate with the other suppliers in sequential fashion, on the basis of their rating, but only after terminating negotiations with the previous, higher-ranked supplier, which negotiations, once terminated, may not be reopened.

11. See the following articles of the Model Procurement Law: article 46 (Two-stage tendering), article 47 (Restricted tendering), article 48 (Request for proposals), article 49 (Competitive negotiation), article 50 (Request for quotations) and article 51 (Single-source procurement), and the conditions for their use described in articles 19-22.



are necessarily less competitive than the main methods described earlier, but they require essential minimum competitive or transparency standards. It is in the interest of both procuring entities and suppliers that competition-restricting methods are not over-used, a point that is explored further below.

## VI. REVISIONS TO THE UNCITRAL MODEL PROCUREMENT LAW

The revisions to the Model Procurement Law that are being considered aim to take account of modern methods of procurement, including the enormous changes that electronic communications and modern business practices have brought to procurement, but without compromising the principles set out above. The working group started its work to this end in mid-2004, and so has yet considered only the first of the main issues confronting the procurement community today.<sup>12</sup> Several of these issues have also been the focus of debate in other forums.

Indeed, it is the enormous increase in electronic commerce generally, which has included the introduction of electronic procurement, which has contributed in significant measure to recent developments in procurement. The use of electronic procurement offers many potential benefits, including improved value for money from more rigorous competition in a broader supplier market, increasing the availability of procurement-related information through publication on the Internet (bringing opportunities to the attention of more suppliers and so yielding more effective competition), more competitive techniques, savings of time and costs, improved administration of contracts awarded, and, through the possibility of better monitoring and less direct contact between suppliers and procuring entities, improved compliance with rules and policies and less corruption and abuse. Further, electronic procurement can provide opportunities to enhance public confidence and transparency in the procurement process.

However, modern methods of procurement show a trend towards emphasizing efficiency and value for money, by taking advantages of economies of scale, outline contracts and centralized purchasing, resulting in larger contracts awarded for longer periods than may have been the case hitherto. Some have been criticised as having an excessive focus on price and as in fact reducing competition in the longer term, through the

---

12. See [www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/1Procurement.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/1Procurement.html) for the reports of the Working Group on its sessions to date.



exclusion of suppliers and small- and medium-sized enterprises in particular.<sup>13</sup> Some examples may assist in explaining this apparent paradox and illustrating the challenges facing the working group, which is currently considering whether and how to ensure that these modern procurement methods can be brought within the ambit of the Model Procurement Law, consistently with its principles.

One type of modern procurement method that has attracted much comment is an electronic reverse auction (not currently regulated under the Model Procurement Law). An electronic reverse auction is an online, real-time dynamic auction between a procuring entity and a number of suppliers that compete against each other to win the contract by submitting successively lower priced bids during a scheduled time period. Electronic reverse auctions have not previously been addressed in the Model Procurement Law. While they are a procurement method that has been used in several systems and countries (including Brazil, France, Singapore, the UK and the US, and more recently under the EU Procurement Directives), they remain relatively untested and systems for using them vary. Significant price savings have been reported in their use, including some spectacular cases of over 80 per cent price cuts (which has led to the consideration of the technique as a possible suitable method of procurement), but a corollary to this reduction is the risk of unsustainable prices, cost overruns and in extreme cases, the inability of the supplier to perform the contract at the price offered. Electronic reverse auctions are most effective in the procurement of commodities or standardized items, which can be precisely specified and the focus is on price rather than quality, but their very ease of use and low operating costs points to a second risk –that of overuse, and use in inappropriate situations. For example, they have been used for pavement repair, and the quality of the repairs was found to be inadequate, because quality was insufficient. Price savings in such cases can be illusory.

Other procurement methods that the working group is reviewing include the use of suppliers' lists (also known as qualification lists, qualification systems or approved lists), which identify selected suppliers for future procurements. They can speed up the procurement process, and reduce the costs of the procurement, but the risk is that entry to the list or system is barred after it has been set up, and its use therefore reduces competition. Noting that such lists and systems are nonetheless used in practice, the working group is to consider whether there are adequate controls and safeguards that

---

13. It has been observed that the socio-economic aims of a government may conflict with some of these modern procurement methods, as they seek to improve efficiency through the use of larger contracts, may tend to favour large, rather than small and medium-sized enterprises, the promotion of which as an engine of economic growth forms part of many domestic policies.



can be applied to as to ensure that their use does not conflict with the aims and principles of the Model Procurement Law. Such controls may include mandatory advertising and publication of the lists, so that all suppliers are given an opportunity to become aware of the lists and so to register and to apply for qualification at any time, requirements that suppliers may be included within a reasonably short period (so as to ensure that unjustified delays in registration do not effectively reduce competition), and that suppliers are to be notified of any decisions to terminate a list or remove them from it.

Another procurement method that is gaining in popularity is the framework agreement (also not currently regulated under the Model Procurement Law),<sup>14</sup> under which the procuring entity enters into a master agreement with one or more suppliers, and then issues contracts or work orders under the master agreement. Their main use therefore arises in circumstances in which procuring entities require particular products or services over a period of time but do not know the exact quantities, nature or timing of their requirements. The processing time for individual procurements can be cut dramatically as the procurement procedures are largely completed in advance –from months to hours if the framework agreements are operated electronically,<sup>15</sup> or at least from months to days. The cost and time savings arise as for each individual purchase, less of the procurement process remains to be completed when a need arises. Framework agreements may also enhance value for money and other procurement objectives by providing a more transparent procedure than would otherwise exist for small purchases. In particular, the aggregation of contract amounts under a framework agreement might justify the costs of advertising, and framework suppliers had an interest in monitoring the operation of purchases under the arrangement.

However, the very ease of operation and efficiency of the technique have led to some concerns that they may exclude suppliers who are not involved at the outset, prices may remain fixed and may exceed current market price, the agreements once in place will outlive their useful lives and restrict competition in the medium- to long-term, and they may undermine tendering as the principal method of procurement. This importance of these concerns may increase with the size and duration of the framework agreement (so; for example, the EU Procurement Directives restrict their operation to a maximum of four years in most circumstances).

- 
14. Also called indefinite-delivery/indefinite quantity (IDIQ) or task-order contracts in the United States.
  15. One electronic variation of the framework agreement is called a dynamic purchasing system, which allows procuring entities to select purchases on-line.



The working group has also noted that adequate management of framework agreements requires constant efforts to maximize transparency and competition at every step of the procurement process, giving notice of procurement requirements as they arise and publishing notices of contract awards with a view to stimulating direct responses from the market where the solution contemplated in the framework agreement was not optimal. Without sufficient transparency and competition, however, framework agreements may create a marketplace that was based on relationships between suppliers and purchasers, rather than competition among suppliers, an undesirable situation that should not be promoted. Further control measures may include non-binding forms of frameworks, so as to avoid costly litigation with suppliers challenging contract awards to suppliers that were not original participants in a framework.

A common feature of the above methods is that, at the time that the procurement contract is awarded, the number of suppliers competing has been limited through the earlier part of the procurement procedure (including assessment of suppliers' qualifications and some of the main terms and conditions of future contracts). This is the element of the procedure that gives rise to the most concerns, and from the potential suppliers' point of view, raises the issue of how to ensure that the supplier is included. One of the ways in which these concerns can be addressed, though perhaps not eliminated, is through transparency – including the wide publication of procurement-related information, including forthcoming opportunities and details covering the award of all contracts (whether they be master contracts or orders placed under them in the case of framework agreements), and a robust oversight and review mechanism.

Currently, the question of publication of general procurement-related information is regulated by article 5 of the Model Procurement Law, which provides for a general principle of accessible publication for procurement law, and regulations and directives of general application. It continues that such information "shall promptly be made accessible to the public and systematically maintained". Other articles require the publication of documents soliciting tenders, or other offers, with all relevant information regarding the procurement involved, as described above, and the publication of contract awards, though there may be a minimum threshold in this case. The working group is considering how to maximise the potential of these provisions to improve transparency, and also what further useful information could be published. However, whether important information could be buried in a mass of peripheral documents, especially if spread over decentralized websites, and ensuring information is current and accurate, are also of concern.

In general terms, the working group has decided to allow procuring entities to select the manner of publication, be it in traditional official journals or electronic form, provided that choice (i) does not represent an obstacle to access to the procurement process, (ii)



is justified so as to promote economy and efficiency in the procurement process and (iii) does not result in discrimination among potential suppliers or contractors or otherwise substantially limit competition. Similarly flexible principles are to apply to the methods of communication to be used in the procurement process, though the use of electronic communications is encouraged.

Transparency is essential to ensure the proper functioning of the procurement system and to promote confidence in that system. However, it is not of itself a guarantee that procedures are being properly followed. Accordingly, the Model Procurement Law also allows for administrative review of procurement decisions, which suppliers can trigger.<sup>16</sup>

However, the provisions are limited, and a note to the text of the Model Procurement Law suggests that enacting States might not incorporate all or some of the articles should they be in conflict with domestic provisions regarding the review of administrative decisions. The solutions in the current Model Procurement Law are limited to general guidance and leave considerable scope to the enacting State in implementing the Model Procurement Law. For example, the Model Procurement Law does not address the question of the independence of the administrative review body, does not address the form of the relief to be given (which may include orders or recommendations), and there are no provisions for a judicial or quasi-judicial proceeding. There is also a list of exceptions to the review process, which include the selection of a procurement method or selection procedure, restricting access on the basis of nationality,<sup>17</sup> the rejection of all tenders and the refusal to respond to an expression of interest from a potential supplier.

Accordingly, the working group is looking at strengthening these provisions. Options include requiring the inclusion and operation of review provisions in national law, requiring independence of the review body, whether it is administrative or judicial, addressing the judicial review process (the powers of the courts and time frame for the review, the possible reversal of incorrect procurement decisions and remedies that are available) and removing exceptions to the review process.

Other issues that the working group will address in due course include whether the procurement of services could be amended, so as to distinguish intellectual services

---

16. See Chapter VI of the Model Procurement Law, particularly articles 52-57.

17. Article 8 of the Model Procurement Law allows States to restrict procurement to its nationals, though only where the law so permits, and upon justification (such as the protection of vital economic sectors of national industrial capacity).



(those that do not involve measurable physical outputs, such as consulting or other professional services) from services for which the procuring entity could provide quality and quantity specifications in advance of the procurement concerned. Since the latter has many common features with procurement of goods and construction, the procurement of such services might be possible as if they were goods or construction.

Another topic for consideration is the evaluation and comparison of tenders, and the use of procurement to promote industrial, social and environmental policies, and whether the balance in the Model Procurement Law between the need for the economy and efficiency and possibility for an enacting State to address other policy goals through procurement remains adequate in the current climate.

The Model Procurement Law provides for several "alternative methods of procurement", which may be used in restricted circumstances. The working group has heard concerns expressed by certain multilateral lending institutions and other bodies that the number of such alternative methods is excessive. Although it was noted in the Model Law itself that an enacting State need not and perhaps should not enact all such methods, the working group will consider whether the provisions relating to certain of the alternative methods should be reviewed, and will perhaps remove any that are unnecessary or duplicate others.

## CONCLUSION

Modern procurement systems and the use of electronic communications enable the procuring entity to take advantage of relatively quick and easy, and therefore cheaper, procurement methods, but care is needed to ensure that those tools are not over-used or abused. For the procuring entity, ensuring that forthcoming procurements are sufficiently widely-publicised to ensure effective competition, and that the award of individual contracts continues to be effected on competitive terms are the important for achieving value for the public purse. Similarly, for suppliers, the advantages of better-quality and more timely information offer not only more potential business opportunities, but also the opportunity to monitor the procurement process itself, including the ability to challenge unfair practices. Wide access to procurement information and transparency in the process are key factors towards achieving the ends of both procuring entities and suppliers alike.

UNCITRAL is therefore seeking to bring its Model Law into line with current procurement practice, so as to allow procuring entities to take advantage of the potential benefits it has to offer, but without compromising its main tenets and principles.



ISBN 958-688-142-3



9 789586 881425

 **CAMARA**  
DE COMERCIO DE BOGOTÁ  
Por nuestra sociedad

  
**Uniempresarial**  
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA EMPRESARIAL  
DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ